

# VU Research Portal

## **Audi, domine Martine! : over de aequitas gosiana en het beding ten behoeve van een derde**

Hallebeek, J.

2000

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Hallebeek, J. (2000). *Audi, domine Martine! : over de aequitas gosiana en het beding ten behoeve van een derde*. (oratie). Vrije Universiteit Amsterdam.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

RB

03628 of.mr. J. Hallebeek

# AUDI, DOMINE MARTINE!

Over de *aequitas gosiana* en het beding ten behoeve  
van een derde

vrije Universiteit

amsterdam



Jan Hallebeek

## AUDI, DOMINE MARTINE!

Over de *aequitas gosiana* en het beding ten behoeve  
van een derde

*Rede in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het  
ambt van hoogleraar Europese Rechtsgeschiedenis aan de  
faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te  
Amsterdam op 4 februari 2000*

vrije Universiteit

amsterdam





*Mijnheer de rector magnificus,  
dames en heren,*

*Audi, domine Martine*<sup>1</sup>. Luister, heer Martinus! Deze drie woordjes, gekrabbeld tussen de regels, zijn te vinden in een aantal middeleeuwse handschriften van de Digesten<sup>2</sup>. Wie is deze Martinus en waarom wordt hij aangespoord om te luisteren? Bedoeld is de glossator Martinus Gosia († voor 1166)<sup>3</sup> die volgens de traditie wordt gerekend tot de *quattuor doctores*, de vier leerlingen van Imerius († na 1125), die geldt als de grondlegger van de Bolognese glossatorenschool. Onze Martinus zou men dus kunnen rekenen tot de tweede generatie juristen die in het midden van de twaalfde eeuw in Bologna het *Corpus iuris civilis*, de wetgeving van Justinianus (482-565), bestudeerd en gedoceerd hebben<sup>4</sup>. En waarom moet Martinus luisteren? De drie woordjes '*audi, domine Martine*' hebben betrekking op één bepaalde passage in de Digesten. Daarin beschrijft de klassieke jurist Salvius Julianus (midden tweede eeuw na Chr.) een casus en geeft hij direct ook een oplossing voor de opgeworpen rechtsvraag. Iemand had in de veronderstelling erfgenaam te zijn een flatgebouw gerenoveerd dat tot de nalatenschap behoorde. Achteraf bleek hij niet de rechthebbende te zijn, zodat de door hem gemaakte kosten ten goede zijn gekomen aan de erfgenaam. Door natrekking is het gebruikte materiaal immers diens eigendom geworden. Vanzelfsprekend wil de bouwer de gemaakte kosten op de erfgenaam verhalen, maar volgens Julianus zijn de mogelijkheden daartoe beperkt. Compensatie kan alleen worden verkregen door een retentierecht uit te oefenen, dat wil zeggen door het bezit niet prijs te geven en tegen de revindicatie van de erfgenaam een *exceptio doli* op te werpen. Een actie heeft de bouwer niet<sup>5</sup>.

De anonieme auteur van onze interlineaire glosse spoort Martinus aan om eens goed naar deze woorden te luisteren. De reden daarvoor is, dat Martinus' eigen visie op de casus sterk afwijkt van wat de ondubbelzinnige strekking van de Digestentekst lijkt te zijn. Volgens Martinus geeft de tekst slechts de strikte uitleg van het recht en is er ook nog een andere oplossing, namelijk die van de billijkheid. Het renoveren van het flatgebouw kan worden gezien als een bijzondere vorm van zaakwaarneming, op grond waarvan degeen die kosten heeft gemaakt toch een actie kan instellen<sup>6</sup>. Vandaar die drie woorden '*audi, domine Martine*'. Martinus, lees wat hier staat: "op geen enkele andere wijze dan door een retentierecht", dus evenmin door middel van een aangepaste zaakwaarnemingsactie.

Nu is een dergelijk staaltje exegese voor Martinus niet vreemd. Bij meer teksten uit het *Corpus iuris* meent hij juist het tegenovergestelde te moeten verdedigen van wat de bedoeling van de tekst lijkt te zijn, of waartoe men

met een simpele grammaticale interpretatie zou kunnen concluderen. Hij neemt daarmee temidden van de vroege glossatoren een uitzonderlijke positie in. Omdat Martinus zich bij de motivering van dit soort standpunten dikwijls beroept op de billijkheid, de *aequitas*, is zijn naam later zozeer met deze billijkheid verbonden, dat gesproken wordt van *aequitas martiniana* of *aequitas gosiana*.

Welke betekenis heeft deze door Martinus ingeroepen billijkheid nu gehad voor de vorming van onze continentaal Europese privaatrechtsdogmatiek? Op deze vraag zou ik vanmiddag nader willen ingaan, en ik doe dat aan de hand van een materieelrechtelijk onderwerp, namelijk de vraag of het mogelijk is in een contract iets te bedingen ten behoeve van een derde<sup>7</sup>.

### Het derdenbeding

In ons moderne privaatrecht wordt het beding ten behoeve van een derde algemeen aanvaard. Art 6:253 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt, dat een dergelijk beding voor de derde afdwingbaar wordt, nadat deze het beding heeft aanvaard. Sommige andere wetboeken zijn terughoudender. De Franse *Code civil* laat het derdenbeding enkel toe in twee uitzonderingsgevallen: indien men gelijktijdig ook zichzelf een prestatie laat toezeggen, of wanneer men een ander iets schenkt onder de last dat deze jegens een derde een prestatie verricht (art. 1121). In de moderne literatuur wordt evenwel vrij algemeen verdedigd dat een *profit moral* voor de stipulator een derdenbeding al geldig maakt. Terwijl in het Amerikaanse recht het derdenbeding reeds in de vorige eeuw werd erkend, voert in het Engelse recht de *privity of contract* nog de boventoon: alleen partijen zelf kunnen aan het contract rechten ontfleunen. Dit zal in de nabije toekomst echter veranderen, nu een wetsvoorstel van de Law Commission beoogt het derdenbeding ook in het Engelse recht te introduceren<sup>8</sup>.

### Romeins recht: *alteri stipulari nemo potest*

Ons moderne derdenbeding is zeker geen uitvinding van de Romeinse juristen. Vanwege het gesloten contractensysteem van het klassieke recht, dat nog sterk doorwerkt in het *Corpus iuris*, komen er naar Romeins recht slechts twee rechtsfiguren in aanmerking om een recht te bedingen ten behoeve van een derde, namelijk de stipulatie, het contract dat tot stand komt door formele bewoordingen en waaraan men in beginsel iedere gewenste inhoud kan geven, en het *pactum adiectum*, het vormloze beding dat aan een rechtshandeling kan worden toegevoegd. Het Romeins recht kent echter twee obstakels die de constructie van een derdenbeding in de weg staan.

met een simpele grammaticale interpretatie zou kunnen concluderen. Hij neemt daarmee temidden van de vroege glossatoren een uitzonderlijke positie in. Omdat Martinus zich bij de motivering van dit soort standpunten dikwijls beroept op de billijkheid, de *aequitas*, is zijn naam later zozeer met deze billijkheid verbonden, dat gesproken wordt van *aequitas martiniana* of *aequitas gosiana*.

Welke betekenis heeft deze door Martinus ingeroepen billijkheid nu gehad voor de vorming van onze continentaal Europese privaatrechtsdogmatiek? Op deze vraag zou ik vanmiddag nader willen ingaan, en ik doe dat aan de hand van een materieelrechtelijk onderwerp, namelijk de vraag of het mogelijk is in een contract iets te bedingen ten behoeve van een derde<sup>7</sup>.

### Het derdenbeding

In ons moderne privaatrecht wordt het beding ten behoeve van een derde algemeen aanvaard. Art 6:253 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt, dat een dergelijk beding voor de derde afdwingbaar wordt, nadat deze het beding heeft aanvaard. Sommige andere wetboeken zijn terughoudender. De Franse *Code civil* laat het derdenbeding enkel toe in twee uitzonderingsgevallen: indien men gelijktijdig ook zichzelf een prestatie laat toezeggen, of wanneer men een ander iets schenkt onder de last dat deze jegens een derde een prestatie verricht (art. 1121). In de moderne literatuur wordt evenwel vrij algemeen verdedigd dat een *profit moral* voor de stipulator een derdenbeding al geldig maakt. Terwijl in het Amerikaanse recht het derdenbeding reeds in de vorige eeuw werd erkend, voert in het Engelse recht de *privity of contract* nog de boventoon: alleen partijen zelf kunnen aan het contract rechten ontleenen. Dit zal in de nabije toekomst echter veranderen, nu een wetsvoorstel van de Law Commission beoogt het derdenbeding ook in het Engelse recht te introduceren<sup>8</sup>.

### Romeins recht: *alteri stipulari nemo potest*

Ons moderne derdenbeding is zeker geen uitvinding van de Romeinse juristen. Vanwege het gesloten contractensysteem van het klassieke recht, dat nog sterk doorwerkt in het *Corpus iuris*, komen er naar Romeins recht slechts twee rechtsfiguren in aanmerking om een recht te bedingen ten behoeve van een derde, namelijk de stipulatie, het contract dat tot stand komt door formele bewoordingen en waaraan men in beginsel iedere gewenste inhoud kan geven, en het *pactum adiectum*, het vormloze beding dat aan een rechtshandeling kan worden toegevoegd. Het Romeins recht kent echter twee obstakels die de constructie van een derdenbeding in de weg staan.

Voor de stipulatie geldt de regel dat het onmogelijk is iets voor een ander te bedingen: *alteri stipulari nemo potest*<sup>9</sup>. Alleen wanneer de stipulator zelf belang heeft bij de prestatie aan de derde heeft de stipulatie gelding, maar dan uitsluitend tussen contractspartijen<sup>10</sup>. De regel *alteri stipulari nemo potest* lijkt zich enkel uit te spreken over stipulaties<sup>11</sup>, maar ook bij de *pacta* ten behoeve van een derde die in de bronnen als geldig worden aangemerkt blijkt degeen die het recht voor de derde bedingt veelal zelf belang te hebben bij de prestatie<sup>12</sup>.

Een tweede obstakel vormt een rechtsbeginsel dat minder expliciet onder woorden is gebracht, maar duidelijk aan de beslissing van een aantal teksten in het *Corpus iuris* ten grondslag ligt, namelijk dat geen verbintenis kan ontstaan jegens een persoon die geen partij is in het contract<sup>13</sup>. Kennelijk gaan de Romeinse juristen ervan uit dat partijen bij het aangaan van een overeenkomst alleen zichzelf vertegenwoordigen en voor zichzelf verkrijgen wat in hun eigen belang is. Dit impliceert dat sommige moderne rechtsfiguren naar Romeins recht eigenlijk ondenkbaar zijn, niet alleen het derdenbeding, maar ook bijvoorbeeld de directe vertegenwoordiging en de levensverzekeringsovereenkomst.

Afgezien van het geldleencontract - de debiteur kan direct worden aangesproken door de derde in wiens naam het geld is uitgeteld<sup>14</sup> - wordt in het *Corpus iuris* op dit rechtsbeginsel slechts sporadisch een uitzondering toegelaten, waarbij de derde wél een actie wordt verleend<sup>15</sup>. Toch is in het continentaal Europese *ius commune* dat voorafging aan de codificaties van het burgerlijk recht uiteindelijk als hoofdregel aanvaard, dat het derdenbeding geldig en afdwingbaar is, en het is dan ook niet eenvoudig geweest om op basis van de teksten uit het *Corpus iuris* zelf tot dit resultaat te komen. De rechtswetenschap heeft er enige eeuwen voor nodig gehad.

## De glossatoren inventariseren de uitzonderingen

De Bolognese glossatoren hebben zich voornamelijk beziggehouden met het bestuderen en doceren van het Romeinse recht, zoals neergelegd in de tekst van het *Corpus iuris* en, zoals wij hebben gezien, liggen daarin twee obstakels verankerd om het derdenbeding algemeen te erkennen. Het *Corpus iuris* bevat echter ook enige specifieke uitzonderingsgevallen waarin aan de derde wél een vorderingsrecht toekomt. Ook de glossatoren hebben dit gezien en zijn om didactische redenen die uitzonderingen gaan inventariseren<sup>16</sup>. Dit is bijvoorbeeld reeds te zien in de *Casus codicis* van Wilhelmus de Cabriano, een glossator die verondersteld wordt getrouw de mening weer te geven van zijn leermeester Bulgarus de Bulgarinis († 1166), een tijdgenoot van Martinus. Wilhelmus geeft aan dat er in ieder uitzonderingsgeval een *ratio speci-*



alis aanwezig is om de actie toch toe te staan, bijvoorbeeld de *affectio*, de genegenheid die een grootvader er toe brengt de teruggave van de bruidschat te stipuleren ten behoeve van zijn kleinkinderen. Omdat iedere specifieke uitzondering haar grondslag heeft in een geheel eigen *ratio* is het niet toegestaan de uitzonderingsgevallen analoog toe te passen of te zien als uitdrukking van eenzelfde beginsel om dit beginsel vervolgens tot nieuwe hoofdregel te maken<sup>17</sup>, want - zo vreest Wilhelmus - dan zal de wet geweld worden aangedaan<sup>18</sup>. Deze denkwijze van Bulgarus, hier weergegeven door zijn leerling, wordt gevolgd door verreweg de meeste Bolognese glossatoren. Martinus lijkt de enige te zijn die een ander standpunt inneemt en bereid is op basis van de uitzonderingen in het *Corpus iuris* de regel *alteri stipulari nemo potest* buiten spel te zetten<sup>19</sup>. De gezaghebbende Accursische Glosse uit het midden van de dertiende eeuw (ca. 1260) geeft een overzicht van maar liefst zestien uitzonderingen op de regel '*alteri stipulari nemo potest*'<sup>20</sup>, maar blijft desalniettemin aan dit adagium als hoofdregel vasthouden.

### De leer van Martinus inzake het derdenbeding

Directe overleveringen, glossen of distincties voorzien met het siglum m. die de leer van Martinus inzake het derdenbeding duidelijk weergeven, zijn niet bekend<sup>21</sup>. In de vorige eeuw heeft Savigny een distinctie bij de Codextitel *de pactis* (C. 2.3) uitgegeven die hij toeschrijft aan Martinus, maar daar valt nauwelijks iets uit af te leiden inzake de geldigheid van het derdenbeding. Er wordt enkel in gesteld, dat *pacta* ongeldig kunnen zijn *propter personam*, vanwege een persoon. Bedoeld zal zijn vanwege de persoon op wie het betreffende *pactum* betrekking heeft. De tekst van de distinctie voegt daaraan de woorden '*non prorsus*' toe. Dergelijke *pacta* zijn niet volstrekt ongeldig. Partijen kunnen namelijk overeenkomen om een derde niet te bevoordelen of te benadelen<sup>22</sup>.

Interessanter is een *summula*<sup>23</sup>, voorzien van het siglum m., waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen *pacta* die overeenkomstig de aard van het contract zijn (*de natura contractus*), - bij verbruikleen is dat bijvoorbeeld de afspraak om een gelijke zaak (*eque bonum*) terug te geven - en *pacta* die eigenlijk niet voortvloeien uit de aard van het contract (*extra naturam contractus*). Voor beide categorieën geldt, dat, toegevoegd aan contracten van soepel recht, zij een actie voortbrengen en de bestaande contractsactie vormen. Toegevoegd aan contracten van strikt recht geven zij slechts aanleiding tot een nieuw rechtsmiddel, namelijk een *actio praescriptis verbis*<sup>24</sup>. Deze opvatting van Martinus is ook bekend uit de verzamelingen *dissensiones dominorum*, maar daarin wordt geen voorbeeld gegeven van wat Martinus verstaat onder *pacta* die *de natura contractus* zijn, en *pacta* die *extra natu-*

*ram contractus* zijn<sup>25</sup>. In de *summula* noemt Martinus echter een voorbeeld van de laatste categorie. Een *pactum extra naturam contractus* is de afspraak om terug te geven aan een derde<sup>26</sup>. Terwijl het Romeinse recht een dergelijk *pactum* slechts toelaat in uitzonderingsgevallen, zoals bij bewaargeving, schenking en het geven van een bruidschat en dan nog alleen onder specifieke omstandigheden, wordt hier in algemene bewoordingen gesteld, dat op grond van het *pactum* om terug te geven aan een derde een *actio praescriptis verbis* wordt gegeven<sup>27</sup>. Al spreekt de *summula* zich niet uit over de vraag aan wie deze actie toekomt, het derdenbeding zelf lijkt hier in vrij algemene termen als geldig te worden aangemerkt.

De leer van Martinus wordt duidelijker omschreven in teksten op naam van latere glossatoren<sup>28</sup>. De *dissensiones dominorum* gesteld op naam van Hugolinus de Presbyteris († na 1223)<sup>29</sup>, bespreken naar aanleiding van C. 4.50.6 een scholenstrijd tussen Martinus en anderen, onder wie Azo Portius († 1220), over de vraag of directe vertegenwoordiging mogelijk is door middel van een procurator. In aansluiting daarop komt de vraag aan de orde of iemand een *actio utilis* kan ontleen aan het beding dat een ander (*ex alieno pacto*), voor hem heeft gemaakt. Martinus meent dat dit mogelijk is, daarbij verwijzend naar een tweetal teksten uit het *Corpus iuris*. De eerste betreft het beding om de in bewaring gegeven zaak terug te geven aan een derde (C. 3.42.8), de tweede het beding om de geschonken zaak na een bepaalde termijn aan een derde door te geven (C. 8.54(55).3). In beide gevallen wordt aan de derde een *actio utilis* verleend, in het eerste geval op grond van de billijkheid, in het tweede geval op grond van een welwillende uitleg van het recht. De overigen van de *quattuor doctores*, Bulgarus, Hugo († voor 1171) en Jacobus († 1178), verwerpen de mening van Martinus. Zij menen dat de genoemde teksten uitzonderingsgevallen betreffen, waarin de Justiniaanse wetgeving de *actio utilis* uitdrukkelijk toelaat, maar dat voor het overige moet worden vastgehouden aan het rechtsbeginsel, dat men geen actie kan ontleen aan het contract waarin men geen partij is<sup>30</sup>. Als men latere Bolognese glossatoren als Azo, Odofredus de Denariis († 1265) en Accursius († 1263) mag geloven, heeft Martinus de geldigheid van het derdenbeding algemeen aanvaard, heeft hij de derde altijd (*semper*) een actie toegekend<sup>31</sup> en dit niet willen beperken tot uitzonderingsgevallen<sup>32</sup>.

### Op welke wijze interpreteert Martinus het Romeinse recht?

Langs welke redenering is Martinus nu tot zijn leer gekomen? Het is waarschijnlijk, dat hij de twee uitzonderingsgevallen die genoemd worden in de *dissensiones dominorum*, als uitgangspunt heeft genomen<sup>33</sup>. Er zijn er echter meer te vinden in het *Corpus iuris* en volgens Martinus is het aantal zo groot,

dat het gerechtvaardigd is de uitzonderingen voortaan als hoofdregel te beschouwen<sup>34</sup>. Maar hoe kan men dan verklaren, dat in andere teksten in het *Corpus iuris* de derde een actie uitdrukkelijk wordt ontzegd? Volgens Martinus spreken deze teksten slechts over de *actio directa*, niet over de *actio utilis* en de oplossing van het *Corpus iuris*, dat de derde geen *actio directa* heeft, is in zijn opvatting die van het strikte recht, het *ius strictum*. Op grond van de billijkheid, de *aequitas*, komt de derde wél een actie toe, namelijk een *actio utilis*<sup>35</sup>.

Deze harmonisatie lijkt louter formeel te zijn, omdat er materieelrechtelijk geen enkel verschil bestaat tussen de *actio utilis* en de *actio directa*. De toverwoorden zijn *actio utilis* en *aequitas* en vooral dit laatste begrip verdient nadere aandacht, want de *aequitas* is kennelijk de grondslag om een *actio utilis* te verlenen.

### **De *aequitas gosiana***

De *aequitas* waarop Martinus zich beroept, mag niet worden opgevat als een persoonlijke, willekeurige of gevoelsmatige billijkheid. Dat blijkt al uit de omschrijving die hij aan het begrip geeft in zijn *Exordium Institutionum*<sup>36</sup>: billijkheid is de harmonie van de dingen die vereist, dat men in soortgelijke gevallen ook over dezelfde rechten beschikt<sup>37</sup>. Nu is Martinus in de praktische toepassing van deze regel verder gegaan dan zijn tegenstander Bulgarus. Terwijl deze laatste zich laat leiden door argumenten om sterker vast te houden aan de oorspronkelijke strekking van de Romeinse teksten<sup>38</sup>, laat Martinus zich vooral leiden door de regel, ook weer ontleend aan het *Corpus iuris*, dat de *aequitas* zwaarder moet wegen dan de strikte, enge toepassing van het recht<sup>39</sup>. Van belang is tevens een interpretatieregel van Justinianus zelf, namelijk dat zijn wetgeving bedoeld is als één samenhang met één gevolgtrekking<sup>40</sup>.

Nu maken de glossatoren een onderscheid tussen twee soorten *aequitas*. Enerzijds is er de vastgelegde billijkheid of *aequitas constituta*<sup>41</sup>. Dit is het geschreven recht, het *ius civile*. Daarnaast is er de billijkheid die nog niet tot uitdrukking is gebracht in de tekst van de wet, *aequitas nondum constituta*, of ook wel de ruwe of ongepolijste billijkheid genoemd, *aequitas rudis*<sup>42</sup>. Dat de vastgelegde billijkheid de voorkeur dient te hebben boven een restrictieve interpretatie van de teksten, wordt ook erkend door de glossatoren die Martinus' opvatting bestrijden<sup>43</sup>, maar volgens het meerderheidsstandpunt van de glossatoren dient de *aequitas rudis* niet te prevaleren boven de strikte of strenge uitleg van de wettekst.

Welke rol spelen de *aequitas constituta* en de *aequitas rudis* nu in het denken van Martinus? Volgens een anonieme, maar door Savigny aan Marti-

nus toegeschreven distinctie is de forensische betekenis van de *aequitas rudis* beperkt. De *aequitas constituta* vormt de grondslag van het recht. De *aequitas rudis* komt slechts tot uitdrukking in het *officium iudicum*, het ambt van rechters, waarin overigens ook de vastgelegde billijkheid tot uitdrukking komt wanneer geoordeeld moet worden op grond van wetten en *mores* (vergelijk Inst. 4.17pr). Dat in het *officium* van de rechters ook de *aequitas rudis* kan meespelen, is *speciali nomine*, op een bijzondere wijze, zo geregeld<sup>44</sup>. Nu is het de vraag, wat onder *officium iudicis* moet worden verstaan. De term komt voor in het *Corpus iuris*, maar heeft daar geen eenduidige betekenis. In het middeleeuwse procesrecht ontwikkelt het *officium iudicis* zich tot een technisch begrip. Het invoeren van het *officium iudicis*, het beroep op de discretionaire bevoegdheid van de rechter, onderscheidt zich duidelijk van de actie en de exceptie<sup>45</sup>. Het is een zwakkere vorm van rechtsbescherming, die *quasi misericorditer* geschiedt, door als het ware het medelijden van de rechter op te wekken. Maar welke betekenis het begrip *officium iudicis* in de distinctie ook heeft, er wordt hoe dan ook geen verband gelegd tussen de *aequitas rudis* en de door Martinus verdedigde *actiones utiles*. De distinctie wijst de *aequitas constituta* aan als de grondslag van het recht en dit doet vermoeden dat Martinus de *actio utilis* niet heeft willen baseren op de *aequitas rudis*, maar veeleer op de *aequitas constituta*.

Ook andere gegevens wijzen in die richting. Al zijn Martinus' opvattingen dikwijls overgeleverd via zijn tegenstanders, dezen hebben niet verhuld, dat in alle gevallen waarin Martinus een *actio utilis* toekent op grond van de billijkheid, dat gebaseerd is op materieelrechtelijke standpunten die elders in het *Corpus iuris* zijn te vinden. Dat geldt ook voor de casus uit de Digesten, waarbij de docent of student de woorden '*audi, domine Martine*' heeft geschreven. Die klinken als een verwijt, alsof Martinus niet kan lezen. De Digestentekst zegt immers duidelijk, dat de bouwer te goeder trouw op andermans grond slechts een exceptie toekomt, terwijl Martinus tegen beter weten in een *actio utilis* op grond van de billijkheid geeft. Toch heeft ook deze *actio utilis* haar wortels in de *aequitas constituta*, de tekst van de wet. De Digesten zelf bepalen immers, dat de zaakwaarnemer die handelt uit eigenbelang en met de loutere intentie om uit de zaakwaarneming een winst voor zichzelf te behalen, toch een actie kan instellen tegen de principaal, indien de laatste door de zaakwaarneming is verrijkt (D. 3.5.5.5). Hoeveel te meer moet dan aan degeene die meent erfgenaam te zijn en dus volslagen te goeder trouw het flatgebouw dat tot de nalatenschap behoort heeft gerenoveerd, niet een actie worden verleend als hij bij toeval zijn retentierecht zou hebben verspeeld? De *aequitas* waar Martinus zijn actie op baseert, ligt besloten in de tekst van het *Corpus iuris*, het is de geschreven *aequitas* van het recht zelf<sup>46</sup>. Dit geldt ook voor de *actio utilis* op grond van het derdenbeding. Als de derde voor

wie de bewaargever teruggave van de in bewaring gegeven zaken had bedongen en de derde voor wie de schenker doorgave van de geschonken zaak had bedongen, volgens de letter van het *Corpus iuris* over een *actio utilis* beschikken, dan vereist de billijkheid, nog sterker: schrijft Justinianus het voor als interpretatieregel, dat ook in andere, soortgelijke gevallen de derde eenzelfde bescherming wordt verleend.

### Is er een verklaring voor Martinus' wijze van interpreteren?

Al is de door Martinus gebezigde techniek dus geen dialektische kunstgreep om een willekeurige, gevoelsmatige billijkheidsopvatting op te leggen, hij maakt wel een principiële keuze voor bepaalde regels en rechtsbeginselen, al ontleent hij deze dan nergens anders aan dan aan het *Corpus iuris*. Het is duidelijk dat Martinus in de eenmaal gemaakte keuzes vasthoudend is geweest<sup>47</sup>. Is er voor de vraag waarom Martinus het Romeinse recht heeft willen ombuigen of aanpassen in een bepaalde richting nu een sociaal-juridische of ideologische verklaring te geven<sup>48</sup>? In het verleden heeft men wel gemeend, dat Martinus met zijn leer inzake het derdenbeding de Romeinse teksten heeft willen aanpassen aan het longobardische recht<sup>49</sup> of aan het inheemse recht van de Duitse gebieden<sup>50</sup>, maar de modernere literatuur heeft dit standpunt verlaten<sup>51</sup>. Toch is de gedachte van een aanpassing aan inheems recht op zich zelf niet zo vreemd. Dit behoeft nadere uitleg.

De glossatoren vatten het Romeinse recht, afgezien misschien van het straffen staatsrecht, op als het geldende recht, maar de opbloei van de studie van het Romeinse recht vindt niet plaats in een juridisch vacuum. Al ontbreekt op het vaste land van Europa een gevestigde procesrechtelijke traditie die in staat is vreemde invloeden te weerstaan, zoals in Engeland, waar receptie van Romeins recht nauwelijks heeft plaatsgevonden, er was wel degelijk inheems recht. Bovendien had ten tijde van het ontstaan van de glossatorschool het kerkelijke of canonieke recht zich losgemaakt van de theologie. Beide disciplines, Romeins en kerkelijk recht, werden te Bologna gedoceerd vanaf ongeveer 1120. In de dagen van Martinus heeft zich binnen deze twee tradities van het geleerde recht nog geen duidelijke doctrine of synthese ontwikkeld. Zowel de legisten als de canonisten verschillen onderling in hun interpretatie van de teksten, maar hoewel wij dus niet kunnen spreken van dé leer van het Romeins recht of dé leer van het canonieke recht, lijken er toch al snel discrepanties te bestaan tussen bepaalde Romeinsrechtelijke teksten enerzijds en het geldende kerkelijk recht anderzijds.

Nu waren er voor de middeleeuwse romanisten twee strategieën denkbaar. Zij zouden kunnen vasthouden aan de oorspronkelijke strekking van de Romeinse teksten met het risico, dat uiteindelijk het kerkelijke recht zou zege-

vieren en zou derogeren aan de Romeinse teksten met een tegengestelde strekking. Voor de rechtspraktijk zou het Romeinse recht dan aan waarde verliezen. De legisten zouden moeten erkennen dat hun Romeinse teksten ontoereikend zijn en voor de gevraagde rechtsmiddelen verwijzen naar de kerkelijke gerechten. Een andere strategie bestond erin het Romeinse recht aan te passen en de teksten op basis van het Romeinse materiaal zelf zo te interpreteren dat zij met het inheemse en het kerkelijke recht in overeenstemming waren, althans dat de verschillen dusdanig klein waren, dat Romeins recht in deze interpretatie maatschappelijk aanvaardbaar zou zijn. De laatste strategie vereist wel dat minder streng wordt vastgehouden aan de oorspronkelijke strekking van de teksten, maar zij heeft twee belangrijke voordelen. Een groot deel van de Romeinse teksten kan men blijven opvatten als het geldende recht en de onafhankelijkheid ten opzichte van de kerkelijke gerechten is sterker gewaarborgd. Deze tweede strategie behelst wat Dolezalek heeft getypeerd als *saving the face of Roman law*<sup>52</sup>.

Voor twee leerstukken waarin Martinus ten opzichte van de meerderheid van zijn tijdgenoten een afwijkend standpunt inneemt is in de literatuur aannemelijk gemaakt, dat het zou kunnen gaan om aanpassingen aan bepaalde opvattingen in de canonistiek. Martinus leert, dat *puberes*, volwassenen jonger dan 25 jaar door het contract betreffende hun eigen zaken met een eed te bekrachtigen de verbintenis afdwingbaar kunnen maken<sup>53</sup>. Deze constructie kan gezien worden als een methode om de leeftijd waarop men naar Romeins recht volledig handelingsbekwaam wordt (25 jaar) kunstmatig te verlagen tot de leeftijd waarop men volgens sommige canonisten werd geacht de jaren des onderscheids te hebben bereikt<sup>54</sup>. Het tweede leerstuk is dat van de onge-rechtvaardigde verrijking. Ook hier mag niet worden uitgesloten dat Martinus door de zaakwaarnemingsactie zo extensief toe te passen dat zij als het ware kon fungeren als algemene verrijkingsactie, heeft getracht de Romeinse teksten te interpreteren in overeenstemming met de restitutie-leer van de theologen en de canonisten<sup>55</sup>. Maar er zijn meer verklaringen mogelijk. Zo heeft Cortese enige jaren geleden geopperd, dat Martinus zeker geen vernieuwer was. Bulgarus had zich ten doel gesteld het Justiniaanse recht te doorgronden, terwijl Martinus de banden met de gedachtenwereld van de voorafgaande eeuw nog niet had verbroken en vasthield aan een verouderde, door de canonisten verkondigde opvatting die nog sterk had geleefd in de notariële praktijk en bij de wetgevers van de elfde eeuw, namelijk dat iedere legitimatie dient te worden gezocht in *utraque lex*, kerkelijk en Romeins recht tezamen<sup>56</sup>.

### Overeenstemming met de vroege canonistiek?

De theorieën van Dolezalek en Cortese hebben één ding gemeen. Zij wijzen op de opvallende overeenkomst tussen de standpunten van Martinus waarin hij afwijkt van de meerderheid der Bolognese glossatoren en bepaalde opvattingen bij de beoefenaars van het kerkelijke recht<sup>57</sup>. Dit rechtvaardigt enige nadere aandacht voor de leer van de vroege canonistiek inzake het derdenbeding.

Men moet zich daarbij wél realiseren, dat het kerkelijke recht anders van karakter is dan het Romeinse. In het Romeinse recht overheerst de casuïstiek, is er weinig theorievorming en ontbreekt een ver doorgevoerde systematiek of algemeen toepasbare rechtsregels. Er liggen wel bepaalde beginselen aan de teksten ten grondslag. Ik wees al op het uitgangspunt in het contractenrecht, dat partijen kennelijk alleen hun eigen belang vertegenwoordigen. Het kerkelijke recht wordt daarentegen sterker beheerst door axiomata, universele normen, gegeven met de Goddelijke openbaring of bepaald door de theologie, rechtsbeginselen die te herleiden zijn tot gezaghebbende teksten in de Schrift en de kerkvaders<sup>58</sup>. Ook het canonieke contractenrecht wordt beheerst door een algemeen ethisch beginsel, namelijk dat er in ons spreken geen onwaarheid dient te zijn. Het Decreet van Gratianus (1139) bevat een tekstfragment, afkomstig uit het commentaar van bisschop Chromatius van Aquileja († 407) op het Evangelie van Mattheus<sup>59</sup>. Chromatius gaat uit van de vermaning van de Heer in de bergrede om geen eed af te leggen: "Maar uw ja zij ja, uw neen zij neen. Ieder woord meer is uit den boze" (Mattheus 5.37). Op grond daarvan meent hij, dat er tussen ons spreken en de verklaring onder ede geen verschil behoort te zijn<sup>60</sup>. Van oorsprong heeft deze tekst niet specifiek betrekking gehad op contractuele afspraken, maar voor de canonisten wordt het een grondregel van het contractenrecht: de trouw aan het gegeven woord als norm van de natuurlijke rede (*naturalis ratio*), waarbij overigens meer nadruk ligt op de morele en juridische plicht van de debiteur dan op de rechten van de crediteur. Dat het contract in het *forum externum* ook afdwingbaar is, is een tweede<sup>61</sup>. Dit uitgangspunt leidt er in zijn uiterste consequentie toe dat in beginsel iedere afspraak tussen partijen dient te worden nagekomen, ook die welke naar Romeins recht niet was voorzien van een actie, de bekende regel *pacta sunt servanda* (X 1.35.1).

Er zijn aanwijzingen dat tegen deze achtergrond ook het derdenbeding reeds in de vroege canonistiek als geldig wordt beschouwd<sup>62</sup>. In het Decreet van Gratianus is een eedformule te vinden waarmee een schismatieke bisschop die tot de kerk wil terugkeren, aan de paus belooft om de leer van de kerk voortaan te onderhouden. Hij zegt daarin: "ik beloof aan u en door u aan de H. Petrus, de eerste der apostelen en zijn plaatsvervanger en diens opvol-

gers (...)”<sup>63</sup>. Een dergelijke belofte lijkt niet in overeenstemming te zijn met de regel van Romeins recht, dat het onmogelijk is iets te stipuleren ten behoeve van een ander. Op welke wijze hebben de decretisten deze tekst nu verklaard? Huguccio († 1210) meent in zijn *Summa decretorum* (ca. 1188), dat het inderdaad mogelijk is deze belofte af te leggen met de formule ‘en door u aan de H. Petrus’, omdat men nu eenmaal door middel van een ander iets kan beloven aan een derde<sup>64</sup>. ‘Dat is de ware rechtsregel’ stelt hij in algemene bewoordingen en zwijgt in alle toonaarden over de regel *alteri stipulari nemo potest*. Maar het merkwaardige is, dat hij om de juistheid van zijn opvatting aan te tonen toch naar Romeins recht verwijst door een verband te leggen met het geval waarin de tussenpersoon aan wie wordt beloofd de lasthebber is van de derde. In de Digesten bevindt zich namelijk een tekst waarin de derde, de lastgever, met een aangepaste actie rechtstreeks kan ageren tegen zijn lasthebber’s contractspartij, die niet ten overstaan van de lastgever zelf, maar van de lasthebber een cautie had afgelegd<sup>65</sup>. Huguccio lijkt de geldigheid van het derdenbeding dus algemeen te aanvaarden en zelfs op basis van Romeinsrechtelijke argumenten<sup>66</sup>.

Het anonieme apparaat *Animal est substantia* (1206-1210) neemt een soortgelijk standpunt in. Het signaleert wél uitdrukkelijk, dat de eedformule uit het Decreet op gespannen voet staat met de Romeinse rechtsregel *alteri stipulari nemo potest*, maar meent dat door de paus als tussenpersoon een verbintenis kan ontstaan. Dit volgt eerder uit de wet dan dat het gebaseerd is op de natuur. Om dit laatste te onderbouwen wordt verwezen naar een drietal teksten uit de Digesten, waarin een verbintenis tot stand komt door een tussenpersoon<sup>67</sup>. Wat zowel Huguccio als de auteur van de *Animal* hier doen, namelijk het analoog toepassen van teksten uit het *Corpus iuris civilis* die gezien kunnen worden als uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel, dat het wél mogelijk is voor een ander een recht te bedingen, doet sterk denken aan de door Martinus gehanteerde methode. De Romeinse argumenten staan bij de decretisten echter in dienst van het kerkelijk recht, terwijl Martinus Romeins recht interpreteert. In de *Glossa Ordinaria* op het Decreet (ca. 1216-1217) van Johannes Teutonicus (ca. 1170-1245) wordt wederom gepoogd de geldigheid van de belofte ‘en door u aan de H. Petrus’ naar Romeins recht te verklaren. Is de paus niet een slaaf, *servus*, namelijk de dienstknecht van de H. Petrus? Naar Romeins recht kunnen slaven immers rechten verkrijgen voor hun *dominus* en de paus noemt zich in zijn brieven toch altijd de dienstknecht van Gods dienstknechten. Maar dan komt de Glosse met een andere oplossing: *fauore religionis*, om godsdienstige redenen, is de belofte geldig. En dan wordt in zeer algemene bewoordingen gesteld dat een derdenbeding geldig is. Als ik aan jou beloof om aan Titius tien te geven dan ben ik naar kerkelijk recht gehouden<sup>68</sup>. Kortom, in de vroege canonistiek, dat wil zeggen vanaf



het Decreet van Gratianus tot aan de *Glossa Ordinaria* op het Decreet, lijkt er een opvatting te hebben bestaan die geneigd is het derdenbeding als geldig op te vatten. Ook wat de afwijkende mening van Martinus inzake het derdenbeding betreft, mag daarom niet worden uitgesloten, dat hij de Romeinse teksten interpreteert in overeenstemming met bepaalde opvattingen van de vroege canonistiek. Met zekerheid is dat echter niet te zeggen. Het is ook mogelijk, dat de opvatting van Martinus juist de decretisten heeft beïnvloed. Huguccio is namelijk beduidend jonger dan Martinus en heeft, net als de auteur van de *Animal* overigens, te Bologna gestudeerd<sup>69</sup>.

### Invloed van Martinus' opvattingen?

Bijna alle opvattingen van Martinus zijn door zijn tijdgenoot Bulgarus, gevolgd door de meerderheid van de glossatoren, verworpen en bestreden, maar zij hebben in de rechtspraktijk wel degelijk invloed gehad. De canonisten nemen Martinus' oordeel serieus. In zijn decretale *Pastoralis* neemt Innocentius III († 1216) in 1202 een opvatting van Martinus (en Placentinus) over die door de meerderheid der Bolognese glossatoren werd verworpen, namelijk dat met één en dezelfde dagvaarding (*libellus*) tegelijkertijd zowel de possessoire als de petitoire procedure aanhangig kan worden gemaakt<sup>70</sup>. Odofredus merkt naar aanleiding daarvan op dat deze mening van Martinus daarmee gecanoniseerd is en naar kerkelijk recht als geldig moet worden beschouwd<sup>71</sup>. De grote dertiende-eeuwse canonist Henricus de Segusio († 1271), beter bekend als Hostiensis, laat zich bijzonder positief uit over Martinus. Hij noemt hem een *homo spiritualis*, dat wil zeggen iemand die open staat voor religieus-ethische opvattingen<sup>72</sup> en roemt hem vanwege zijn vasthoudendheid aan het goddelijke recht in verzet tegen de gestrengheid en onbuigzaamheid van het civiele recht<sup>73</sup>.

Daarnaast heeft Martinus' leer ook invloed gehad op het inheemse recht, waarschijnlijk ook wat het derdenbeding betreft, waarvan de geldigheid bijna zonder uitzondering wordt aanvaard in de statuten van de Noord-Italiaanse steden<sup>74</sup>. Voor de stad Pisa is die invloed van Martinus concreet aangetoond, voor veel andere steden mag zij niet worden uitgesloten<sup>75</sup>.

In de rechtswetenschap heeft Martinus het onderspit moeten delven, doch niet geheel en al. Buiten Bologna is er invloed van hem uitgegaan, bijvoorbeeld in Zuid-Frankrijk<sup>76</sup>. Ook is opvallend, dat enkele geschriften die gerelateerd zijn aan het onderwijs in het Romeinse recht in Engeland, de opvattingen van Martinus over het derdenbeding niet zonder meer verwerpen. Het *Liber pauperum* van Vacarius († na 1198) constateert, dat het *Corpus iuris* gevallen kent waarin het derdenbeding wel geldig is en dat de regel dat niemand iets voor een ander kan bedingen derhalve onjuist is<sup>77</sup>. Een anonieme

*Lectura* op de Instituten (Royal MS. 4 B. IV) erkent het adagium '*alteri stipulari nemo potest*' wel als hoofdregel, maar voegt daar direct aan toe, dat als de verplichting wordt geformuleerd als een *facere*, dat wil zeggen als een belofte er alles aan te doen opdat aan een ander wordt gegeven, de stipulatie geldig is<sup>78</sup>.

### Martinus' leer over het derdenbeding verworpen

Zoals gezegd, zijn bijna alle opvattingen van Martinus steevast verworpen en bestreden door zijn tijdgenoot Bulgarus en door de overgrote meerderheid van de latere glossatoren<sup>79</sup>. Slechts één van zijn opvattingen, namelijk dat een minderjarige het contract betreffende zijn eigen zaken kan bekrachtigen met een eed, waardoor een afdwingbare verbintenis ontstaat, is heersende leer geworden. Dit is uitsluitend te danken aan het persoonlijk ingrijpen van Frederik Barbarossa (ca. 1123-1190) door een keizerlijke constitutie als *authentica* in te voegen in de *Codex Justinianus*<sup>80</sup>. De opvatting van Martinus over de geldigheid van het derdenbeding is volgens de *dissensiones dominorum* al verworpen door de overigen van de *quattuor doctores*<sup>81</sup>. Azo kwalificeert de opvatting van Martinus over het derdenbeding als onjuist (*falsum*)<sup>82</sup>, een standpunt dat Accursius later met hem deelt<sup>83</sup>.

Met welke argumenten hebben nu al deze glossatoren de leer van Martinus verworpen? Om te beginnen houden zij vast aan het uitzonderlijke karakter van de gevallen in het *Corpus iuris* waarin aan de derde een actie wordt verleend. Steeds weer merken zij op, dat het om uitzonderingen gaat die afwijken van wat normaal is: het is iets bijzonders (*speciale*), dat de derde een actie ontleent aan het beding dat ten behoeve van hem is gemaakt<sup>84</sup>. Daarnaast brengt Azo het argument naar voren dat reeds door Wilhelmus de Cabriano was verwoord, namelijk dat de uitzonderingen zich niet mogen ontwikkelen tot een nieuwe regel (*specialia non sunt trahenda ad consequentiam*)<sup>85</sup>. Tenslotte kwalificeert de Glosse de gehele redenering, dat als naar *ius strictum* geen actie wordt gegeven, er toch een *actio utilis* mogelijk is, als ongeldig<sup>86</sup>.

In scherpere bewoordingen keren de glossatoren zich tegen de *aequitas gosiana*. Volgens Azo is de billijkheid op grond waarvan Martinus aan de derde een *actio utilis* toekent een *aequitas cordis*, een billijkheid van het hart<sup>87</sup>. Azo verwijt Martinus hier de persoonlijke billijkheid van zijn eigen geweten te volgen, de *aequitas rudis*, die nog geen vorm heeft gekregen in de tekst van de wet<sup>88</sup>. Ook andere kwalificaties van de door Martinus gehanteerde billijkheid maken duidelijk dat hij er door zijn tegenstanders van wordt beschuldigd zich te laten leiden door de *aequitas rudis*. Martinus wil oordelen naar zijn geweten<sup>89</sup>. Zijn billijkheid is gehuicheld en onecht (*aequitas ficta*,

*aequitas falsa*)<sup>90</sup>. Zijn billijkheidsopvatting komt uit zijn eigen zak (*aequitas bursalis*)<sup>91</sup>.

Echter, zoals gezien bestaat het wezenlijke verschil tussen de interpretatie van Martinus en zijn tegenstanders in iets anders. Martinus is sterker dan de anderen geneigd de Romeinse teksten te interpreteren in overeenstemming met bepaalde opvattingen van inheems of kerkelijk recht en is daarbij bereid de Romeinse teksten te lezen in een betekenis die zij oorspronkelijk niet hebben gehad of via een eenvoudige grammaticale interpretatie niet kunnen hebben. Zijn tegenstanders gaat dat te ver. In de woorden '*audi, domine Martine*' klinkt de stem van deze meerderheid, die oproept sterker vast te houden aan de letter van de tekst.

### Of niet?

De vele veroordelingen in de Glosse hebben voor Martinus' opvattingen negatief en positief uitgewerkt. Negatief in de zin dat de Glosse eeuwenlang zo gezaghebbend is geweest, dat niemand de moed heeft opgebracht om de argumenten van Martinus opnieuw naar voren te brengen. Positief in de zin dat de leer van Martinus - zij het gepresenteerd als dwaalleer - bekend blijft, een ruime verspreiding krijgt en op die manier inspiratiebron kan worden voor latere generaties juristen. Verschillende door Martinus verdedigde en op de *aequitas gosiana* gebaseerde opvattingen, die nog door de overgrote meerderheid van zijn tijdgenoten werden verworpen, zullen ons niet vreemd voorkomen<sup>92</sup>: bij de koopovereenkomst is reële executie mogelijk<sup>93</sup>, er bestaat een algemene verrijkingsactie<sup>94</sup>, de eigenaar verliest het bezit van de zaak die in zijn naam door een pachter wordt geleverd aan een derde<sup>95</sup>, de fiscus moet te goeder trouw zijn om bij executoriale verkoop de koper eigendom te kunnen verschaffen<sup>96</sup> en een contractueel boetebeding mag niet het dubbele van de waarde van de prestatie te boven gaan<sup>97</sup>.

Een aantal denkbeelden van Martinus is uiteindelijk, maar meestal op grond van geheel andere argumenten, heersende leer geworden in het gerecipeerde recht en in de doctrine van het *ius commune* en heeft vandaar de weg gevonden via de privaatrechtelijke codificaties van de negentiende eeuw, naar onze huidige continentaal Europese rechtsstelsels. Ook het derdenbeding werd uiteindelijk aanvaard. De commentatoren begonnen vanaf Bartolus de Saxoferrato (1313-1357) de derde op ruimere schaal acties te verlenen, niet volgens de constructie van Martinus als *actiones utiles* op grond van de billijkheid - die leer was immers verworpen door de Glosse - maar langs andere wegen. Een extensieve toepassing van de *actio institoria* maakte de weg vrij voor de directe vertegenwoordiging. Door te fingeren dat iedere stipulator een belang heeft bij de prestatie die aan de derde moet worden verricht en door

aan te nemen dat het derdenbeding een natuurlijke verbintenis jegens de derde doet ontstaan die door bekrachtiging met een eed kan worden omgezet in een civiele verbintenis werd de weg vrij gemaakt voor een algemene aanvaarding van het contractuele beding ten behoeve van een derde, zoals later te vinden bij de schrijvers van het Rooms-Hollands recht en in de rechtspraak van de Hoge Raad in de zeventiende en achttiende eeuw. Het zal u duidelijk zijn, dat ik slechts één episode uit de geschiedenis van het derdenbeding heb besproken. Er ligt nog een interessante voorgeschiedenis in de klassieke oudheid en er is nog een spannend vervolg. Met het '*audi, domine Martine*', het afwijzen van de opvattingen van Martinus Gosia, is de kous niet af. Integendeel. Dit is pas het prille begin van de Europese rechtsgeschiedenis en er is nog een lange weg te gaan<sup>98</sup>.

## Slot

Gekomen aan het eind van deze rede, dank ik het Bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid en het College van Bestuur van deze Universiteit voor het in mij gestelde vertrouwen door mij voor te dragen voor het ambt dat ik vandaag aanvaard. Ik dank het Bestuur van de Vereniging voor Christelijk Wetenschappelijk Onderwijs te Amsterdam voor mijn benoeming.

Gaarne zou ik ook mijn dank willen uitspreken tegenover een aantal personen die voor mijn vorming als rechtshistoricus van betekenis zijn geweest. De eerste kennismaking met het Romeinse recht en de rechtsgeschiedenis dateert uit 1972, mijn eerste studiejaar aan de Utrechtse Universiteit. De levendige colleges van de hoogleraar Spruit en de werkgroepen onder de enthousiaste leiding van mevr. Olga Tellegen-Couperus, staan mij nog goed voor ogen. Een afstudeerscriptie bij Govaert van den Bergh enige jaren daarna was de opstap naar een promotie-onderzoek naar de rechtvaardiging van de private eigendom bij Thomas van Aquino, dat door Van den Bergh, later bijgestaan door de Leidse hoogleraar middeleeuwse wijsbegeerte L.M. de Rijk, als promotores verder zou worden begeleid. Tijdens het onderzoek kwam ik al snel in contact met andere disciplines, zoals bij het werkgezelschap 'Thomas van Aquino' van de KTU. Meer juridisch van aard was het privatisimum middeleeuwse juridische handschriften dat te Leiden plaats vond onder de deskundige leiding van de hoogleraren Feenstra en Van de Wouw. Hier ontmoette ik in 1977 twee rijzige heren afkomstig van de VU. De één bleek lector te zijn in het Romeinse recht. Zijn naam was Schrage. De ander was zijn jonge assistent Harry Dondorp. Schrage was twee jaar eerder gepromoveerd. Zonder mij er rekenschap van te geven, dat ik ooit nog eens aan de VU zou kunnen solliciteren, meende ik in een soort jeugdige onbevagenheid één van de in dit proefschrift verdedigde opvattingen te moeten bestrijden<sup>99</sup>. In een artikel

had ik maar liefst vijf argumenten naar voren gebracht om het ongelijk van Schrage aan te tonen<sup>100</sup>. Toentertijd hebben wij daar vanzelfsprekend ook enige discussie over gevoerd in de wandelgangen van het Leidse Gravensteen.

In 1980 brak mijn Nijmeegse periode aan. Bijna zes jaar was ik als wetenschappelijk medewerker werkzaam bij Paul Nève, die, zelf gevormd in de school van Hans Ankum, mij binnenvoerde in het klassieke Romeinse recht, en leerde hoe het formula-proces, het praetorisch edict en de palingenetische context van de Digestenteksten de basis dienen te vormen voor een verantwoorde exegese. De Nijmeegse periode was ook in andere opzichten een tijd van verdere vorming. De aldaar gevestigde leerstoel voor de geschiedenis van het canonieke recht, achtereenvolgens bezet door Anton de Groot (†), Gero Dolezalek en Chris Coppens, stelde mij in staat ook met deze tak van de rechtsgeschiedenis kennis te maken. Ook voor de rechtsfilosofie bleek Nijmegen een uitstekend milieu te bieden. Met dankbaarheid voor de genoten gastvrijheid denk ik terug aan de tweewekelijkse bijeenkomsten bij de hoogleraar Desiré Scheltens in het studiehuis van de paters franciscanen waar enige uren Hegel, Heidegger of Nozick werden beloond met Belgisch bier. In 1986 kwam de overstap naar de VU. Het proefschrift was voltooid en de middeleeuwse rechtswetenschap vormde een nieuwe uitdaging. Veel heb ik te danken aan mijn ambtsvoorganger, Eltjo Schrage. Dankzij zijn initiatief tot het aanvragen van een KNAW-fellowship heb ik mij vijf jaar intensief kunnen bezighouden met rechtshistorisch onderzoek en vele internationale contacten kunnen leggen.

### *Hooggeachte Van den Bergh, waarde Govaert,*

Het is inmiddels meer dan dertien jaar geleden, dat ik aan de Utrechtse *Alma Mater* uit uw hand de doctorsbul mocht ontvangen. U heeft mijn eerste schreden op de weg van de wetenschap van dichtbij meegemaakt: mijn eerste artikel, nog geschreven als student voor *Ars Aequi*, en de vroegste concepthoofdstukken van mijn proefschrift. Tijdens de vele gesprekken die wij in de jaren voorafgaand aan mijn promotie in uw Nijmeegse studeerkamer hebben gevoerd, heb ik u leren kennen als een wetenschapper die er niet voor terugschrikt om rechtshistorische vraagstukken te benaderen vanuit zeer uiteenlopende en soms ook minder conventionele invalshoeken. In dat opzicht heeft u altijd respect en bewondering afgedwongen en als er één ding is, waarin ik u, als mijn leermeester, zou willen navolgen, is het wel deze brede oriëntatie bij het bedrijven van de rechtsgeschiedenis, die voor u reeds vanzelfsprekend was toen begrippen als 'interdisciplinair' en 'grensoverschrijdend' nog moesten worden uitgevonden.

*Hooggeachte Schrage, waarde Eltjo,*

In de achter ons liggende jaren heeft u mij leren inzien, dat de gehele dogmatiek van ons moderne vermogensrecht slechts in eerste aanleg kan worden teruggevonden in de Romeinse bronnen en pas vorm heeft gekregen in de middeleeuwse rechtswetenschap, zo tussen het begin van de herbestudering van het Romeinse recht en de natuurrechtsleer van de zeventiende eeuw. Alle grote, moderne leerstukken hebben zich in de tussenliggende periode gevormd. Het onderzoeksprogramma waaraan u leiding gaf, heeft steeds opnieuw bevestigd, dat de ontwikkeling van privaatrechtelijke dogmatiek op basis van de Romeinse teksten uitermate complex van aard is geweest, maar dat inzicht in die ontwikkeling ons in staat kan stellen het huidige privaatrecht te begrijpen in samenhang met de ons omringende rechtsstelsels. Het is mijn voornemen deze lijn van onderzoek die door u is ingezet in de toekomst te continueren.

*Hooggeachte Faber, waarde Sjoerd,*

Gaarne spreek ik ook u toe als mijn collega proximus. Niet alleen heeft uw verhuizing naar de zevende etage ons letterlijk zeer dicht bij elkaar gebracht, ook door de nieuwe afdelingsstructuur van de MUB zullen onze secties in de toekomst sterker met elkaar samenwerken dan voorheen. Ik spreek de hoop uit, dat deze samenwerking op het gebied van onderwijs en onderzoek voor alle betrokkenen tot vruchtbare resultaten zal leiden.

*Hooggeachte Dondorp, waarde Harry,*

De afgelopen veertien jaar was u mijn collega proximus. Vele jaren hebben wij in nauw onderling overleg het onderwijs verzorgd en een deel van ons onderzoek verricht en daarbij lange tijd dezelfde werkkamer gedeeld. Gedurende de jaren waarin de hoogleraar Schrage voor langere tijd afwezig was, waren wij uitsluitend op elkaar aangewezen. Voor het feit dat de samenwerking tussen ons altijd in een goede verstandhouding is verlopen zonder dat bij één van ons de leiding of de eindverantwoordelijkheid lag, ben ik u zeer erkentelijk. U heeft onlangs uw werkterrein verlegd van de wetenschap naar de rechterlijke macht. Op deze nieuw ingeslagen weg zou ik u alle goeds willen toewensen, al hoop ik dat u de rechtsgeschiedenis daarmee nog niet voorgoed vaarwel hebt gezegd.

*Dames en heren studenten,*

Naar goed gebruik spreek ik u als laatsten toe. Het zal u niet ontgaan zijn dat rechtsgeschiedenis voor mij boven alles rechtsontwikkeling betekent. Ik zie het daarom ook als mijn taak om u daar iets van te laten zien. In het onderwijs zal ik om didactische redenen mijn enthousiasme moeten temperen en u niet alle details en alle aspecten van de gecompliceerde ontwikkelingsprocessen voorschotelen. Eén ding blijft echter voorop staan, namelijk dat ik u de historische realiteit niet mag onthouden. Ik kan u het geleerde recht, zoals zich dat heeft gemanifesteerd van rond het jaar 1100 tot aan de vooravond van de codificaties in de negentiende eeuw niet presenteren *suppressa veritate* als een statisch fenomeen, omdat de privaatrechtswetenschap in werkelijkheid een niet aflatende zoektocht blijkt te zijn geweest naar de meest rechtvaardige, doelmatige en inzichtelijke oplossing voor gelijkblijvende problemen. Dat doe ik niet om het u lastig te maken, maar enkel om u te leren inzien, dat er voor één probleem altijd meer en andere oplossingen bestaan dan wat het huidige recht ons aanreikt en daarmee hoop ik, dat u zich zult ontwikkelen tot moderne, creatieve juristen, die in staat zijn het huidige recht te begrijpen in zijn historische wording, maar die zich er niet te snel op zullen blindstaren<sup>101</sup>.

Ik heb gezegd.

## Noten

1. Interlineaire glosse ad D. 12.6.33 in Stockholm KB 680 (fol. 138vb), Biblioteca Vaticana vat. lat. 1408 (fol. 146ra) en Bamberg Jur. 11 (fol. 156vb).
2. Nauwkeuriger gezegd: van dat deel van de Digesten dat in de Middeleeuwen werd aangeduid als *Digestum vetus* (titel 1.1 tot 24.2).
3. Literatuur: F.C. von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* IV, 1850<sup>2</sup> (herdruk Bad Homburg 1961), p. 124-140; H. Kantorowicz-W.W. Buckland, *Studies in the glossators of the Roman law, Newly discovered writings of the twelfth century*, Cambridge 1938 (herdruk Aalen 1969), p. 86-102; E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale* II (Il basso medioevo), Rome 1998<sup>3</sup>, p. 76-102 en H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter* I, München 1997, p. 170-178.
4. Hij stamde uit het adellijke geslacht Gosia en behoorde tot de Ghibellijnen, de partij die de kant van de Hohenstaufen had gekozen in hun conflict met de paus en die een eeuw later uit Bologna zou worden verdreven. Zie Savigny, *Geschichte* IV, p. 133-134.
5. D. 12.6.33: (...) et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.
6. Zie hierover: J. Hallebeek, Developments in mediaeval Roman law, in E.J.H. Schrage (red.), *Unjust enrichment, The comparative legal history of the law of restitution* [Comparative studies in continental and Anglo-American legal history, 15], Berlijn 1995, p. 59-120, in het bijzonder p. 80-83.
7. Ook Ankum wijdde zijn oratie aan de UvA, nu bijna drieëndertig jaar geleden, aan de geschiedenis van het derdenbeding. Zie J.A. Ankum, *De voorouders van een tweehoofdig twistziek monster, Beschouwingen over de historische ontwikkeling van het beding ten behoeve van een derde*, Zwolle 1967.
8. N.H. Andrews, Reform of the privity rule in English contract law: The Law Commission's report no. 242, in *The Cambridge Law Journal* 56 (1997), p. 25-28, W. Lorenz, Reform des englischen Vertragsrechts: Verträge zugunsten Dritter und schadenrechtliche Drittbeziehungen, in *Juristen Zeitung* 52 (1997), p. 105-111 en G.H. Treitel, *The law of contract*, Londen 1999<sup>10</sup>, p. 538-618. Zie voor de geschiedenis van *privity*: V.V. Palmer, *The paths to privity: A history of third party beneficiary contracts at English law*, San Francisco 1992.
9. Inst. 3.19.19 en Ulp. D. 45.1.38.17. Vergelijk ook Scaev. D. 50.17.73.4. Men kan wél iets voor een ander bedingen door een boetebeding toe te voegen. Men laat zichzelf een boete beloven voor het geval de prestatie aan de derde zou uitblijven. Zie Inst. 3.19.19, Ulp. D. 45.1.38.17 en Pap. D. 45.1.118.2.
10. Het zogenaamde oneigenlijke derdenbeding: Inst. 3.19.20 en Ulp. D. 45.1.38.20-22.



11. Vergelijk echter D. 50.17.73.4. Ook door middel van een *pactum* kan men zich geen zekerheid laten toezeggen jegens een derde.

12. Zie Ulp. D. 13.7.13*pr* (vergelijk Ulp. D. 20.5.7) en D. 19.1.13.30 en C. 4.65.9.

13. Paul. D. 44.7.11 en D. 45.1.126.2 en C. 4.27.1.

14. Pomp. D. 12.1.8, Paul. D. 45.1.126.2 en C. 4.27.3(2).

15. Ulp. D. 13.7.13*pr* (itp.), Paul. D. 16.3.26*pr* en D. 24.3.45, C. 5.14.7 en C. 8.54(55).3.

16. Literatuur: J.P. Moltzer, *De overeenkomst ten behoeve van derden*, Amsterdam 1876, J.C. de Wet, *Die ontwikkeling van die ooreenkomst ten behoeve van 'n derde*, Leiden 1940, p. 28-68, G. Wesenberg, Zur Behandlung des Satzes *Alteri stipulari nemo potest* durch die Glossatoren, in *Festschrift Fritz Schulz II*, Weimar 1951, p. 259-267, H. Lange, "Alteri stipulari nemo potest" bei Legisten und Kanonisten, in *ZSS Rom. Abt.* 73 (1956), p. 279-306, U. Müller, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre von der unmittelbaren Drittberechtigung und Drittverpflichtung* [Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte, 3], Stuttgart etc. 1969 en J.A. Ankum, Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten, in W.G. Becker-L. Schnorr von Carolsfeld (red.), *Sein und Werden. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlin 1970, p. 555-567, herdrukt in E.J.H. Schrage (red.), *Das römische Recht im Mittelalter* [Wege der Forschung, 635], Darmstadt 1987, p. 116-130.

17. Vergelijk Paul. D. 1.3.14 en D. 50.17.141*pr* en Iul. D. 1.3.15. Zie over het analogiebeginsel bij de glossatoren: G. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz, Untersuchungen zur Methode der Glossatoren* [Ius commune SH, 1], Frankfurt/M 1971, p. 203-204.

18. Wilhelmus de Cabriano, *Casus codicis* ad C. 4.27.1 in Düsseldorf E 9a (fol. 205rb) en Hereford P. 5. VI (fol. 135rb) en ad C. 5.14.4 in Düsseldorf E 9a (fol. 221rb-va): (...) ceterum si passim hoc ad consequentias trahere uolueris, uereor ne legem offendas. Ik dank Tammo Wallinga (EUR) die mij zijn tekstkritische editie (in voorbereiding) van de *Casus codicis* liet raadplegen.

19. Ook de glossator Placentinus († 1182), die wel als een volgeling van Martinus wordt beschouwd, meent dat volgens de *ordo* en het *ius regulare* een derde aan de stipulatie waarin hij geen partij is geen actie kan ontleen. Zie de door Pescatore uitgegeven distinctie van Placentinus uit het handschrift Paris, BN lat 4603 (fol. 77vb) in G. Pescatore, *Miscellen (No. I-XIII)*, Berlin 1889, p. 53-56. Alle overige van Placentinus overgeleverde geschriften bevestigen dit standpunt. Vergelijk Placentinus, *Summa Institutionum* ad Inst. 3.19: (...) Item, si quis stipuletur alii, nichil agit, nisi pater filio uel econtra, dominus seruo uel econtra; dominus procuratori non econtra, nisi forte domino presenti ut C. e.l. iii (C. 8.38.3) uel tutor, pupillus, seruus publicus, magistratus uel curator adulto (...). Ik dank Douglas Adamson (Toronto) die mij zijn tekstkritische editie (in voorbereiding) van Placentinus' *Summa Institutionum* liet raadplegen, die hoofdzakelijk gebaseerd is op het enige handschrift dat vrij is van interpretatieve verschrijvingen, namelijk Vich Museo Episcopal Archivo Capitular 156 (*antea* 82). Zie ook Placentinus, *Summa Codicis*, Mainz 1536 (herdruk Turijn 1962), ad C. 4.27 (p. 159-160) en ad C. 8.42 (p. 402). Zie ook het commen-

taar van Placentinus ad D. 50.17.73.4 in F.G.C. Beckhaus, *Bulgari ad digestorum titulum de diversis regulis iuris antiqui commentarius*, Bonn 1856 (herdruk Frankfurt/M 1967), p. 65. Vergelijk ook Placentinus/*Distinctio* ad C. 8.54(55).3/*Incipit*: Aliquando ex pacto alterius alteri datur actio/*Expl.* si tutor pu<pillo>, curator adulto, yconumus ecclesie, administrator ciuitati stipulatur. p[laacentinus]/Berlin Lat. fol. 274, fol. 175r.

20. In de glosse *nihil agit* ad Inst. 3.19.4. Vergelijk ook Odofredus, *Lectura super Codice* I, Lyon 1552 (herdruk Bologna 1968) ad C. 4.27.1 no. 6 (fol. 225rb).

21. Ik ga niet in op de glosse *erit danda* ad D. 3.3.27.1 met beginsiglum y. die in de editie van Besta wordt toegeschreven aan Martinus' leermeester Imerius. Zie E. Besta, *L'opera d'Imerio II*, Turijn 1896, p. 42. Uit die glosse zou moeten blijken, dat volgens Imerius aan de regel '*alteri stipulari nemo potest*' een algemene gelding toekomt. De toeschrijving van deze glosse aan Imerius is namelijk omstreden. Het beginsiglum Y. kan een verschrijving zijn voor I(*nterpres*) of het teken §. Zie G. Pescatore, Verzeichnis legistischer Distinktionen mit Angabe des Verfassers, in *ZSS Rom. Abt.* 33 (1912), p. 493-510, noot 1 op 495-496 en S. Kuttner, Zur neuesten Glossatorenforschung, in *Studia et documenta historicae et iuris* 6 (1940), p. 275-319, p. 306. In Padova 941 is de tekst te vinden als interlineaire glosse *procuratori* ad D. 3.3.27.1 met beginsiglum y. In Trier 838 fol. 31rb komt de tekst voor als marginale glosse *procuratore* ad D. 3.3.27pr met hier § in plaats van een beginsiglum.

22. Zie Savigny, *Geschichte* IV, p. 487, die de tekst weergeeft volgens Paris, BN lat. 4536 (fol. 27va). Dezelfde tekst is ook overgeleverd in Torino, BN F II 15 (fol. 20va), Stuttgart fol. 71 (fol. 25va, op het einde onvolledig) en in München, Clm 22 (fol. 31vb, vanaf de woorden *si seruus in rem* maar dan vollediger dan in de andere handschriften). In de handschriften lees ik *pactum aliis nec prodesse nec obesse* (in Stuttgart fol. 71: *pactum aliis nec prodesse nec nocere*) en niet *pactum aliis nec prodest, nec obest* zoals Savigny transcribeert. De toeschrijving van deze distinctie aan Martinus is niet zonder problemen. In het handschrift Paris BN lat. 4536 komt een siglum voor dat door Savigny is opgevat als m. van Martinus, maar dat ook kan worden gelezen als az. van Azo. Zie over het moeilijke onderscheid in de handschriften tussen de sigla m. en az.: G. Pescatore, *Kritische Studien auf dem Gebiete der civilistischen Litterärsgeschichte des Mittelalters*, Greifswald 1896, p. 185-186. In Torino BN F II 15 en in Stuttgart fol. 71 ontbreekt een siglum, terwijl in München Clm 22 het siglum b. van Bulgarus is te lezen. De distinctie zou inderdaad een vrij algemeen geaccepteerde opvatting kunnen weergeven. Azo en Hugolinus gebruiken voor zover mij bekend de uitdrukking *prorsus inutilis* alleen voor het derdenbeding waarvan de woorden niet zijn gericht tot de persoon van de stipulator. Zie de glosse *fieri* ad D. 45.1.38.21: (...) Sed si dixissem, promittis illi haec? prorsus est inutilis etiam si mea interesset secundum Azonem et Hugolinum, quia nullum uerbum hic ponitur per quod uideatur mihi quod quaeri, nisi (...). De literatuur heeft Savigny gevolgd in zijn toeschrijving van de distinctie aan Martinus. Zie E. Seckel, *Distinctiones glossatorum*, in *Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz*, Berlin 1911, p. 277-436 (ook afzonderlijk gepubliceerd Graz 1956), zie p. 337 nr. 32 en Pescatore, *Verzeichnis*, p. 500 nr. 22. Zie over deze passage ook: G. Wesenberg, *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar 1949, p. 102.

23. Aldus G. Dolezalek, *Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Iustiniani I* [Ius Commune SH, 23], Frankfurt/M 1985, p. 299. De tekst is bij Pescatore opgenomen in de lijst van distincties. Zie Pescatore, *Verzeichnis*, p. 500 nr. 24.

24. Martinus Gosia, *Summula de pacto apposito in contractibus* in München Clm 22 (fol. 24rb): Pactum in continenti factum in contractibus bonae fidei, licet extra naturam contractus, parit <nouam> actionem et informat <ueterem>, ueluti (...). In contractibus stricti iuris nouam parit tantum actionem, scilicet prescriptis uerbis, siue de natura contractus sit, ueluti cum paciscimur in mutuo eque bonum nobis reddi, siue extra <naturam>, ueluti cum paciscamur reddi alteri. m[artinus].

25. G. Haenel, *Dissensiones dominorum*, Leipzig 1834, *Vetus collectio* § 53 (p. 38-39), *Rogerus* § 22 (p. 86) en V. Scialoja, *Dissensiones Dominorum* (Cod. Chis. E. VII, 211), in *Studi giuridici* II, Rome 1934, p. 329-413, § 45 (p. 350). De teksten vertonen ook verwantschap met een door Pescatore uitgegeven distinctie uit het handschrift Bologna, Collegio di Spagna 73. Zie G. Pescatore, *Die Distinktionensammlung des Ms. Bonon. Colleg. Hisp. Nr. 73*, Greifswald 1913 (herdruk Frankfurt/M 1968), p. 1. Zie over deze opvatting van Martinus: E.M. Meijers, *Sommes, lectures et commentaires* (1100 à 1250), in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, Bologna I, Pavia 1934, p. 431-490 [= R. Feenstra-H.F.W.D. Fischer (red.), *Études d'histoire de droit* III, Leiden 1959, p. 211-260], p. 228 noot 65.

26. Hetzelfde voorbeeld is te vinden in een anonieme glosse in Torino, BN F II 15 (fol. 21va): In stricti iuris iudiciis nouam parit <actionem> prescriptis uerbis, set ueterem <actionem> non informat, siue sit de natura contractus, ueluti cum paciscimur in mutuo eque bonum nobis reddi siue extra <naturam>, ueluti cum paciscimur reddi alteri, (...).

27. In latere dogmatiek lijken de gevallen waarin bij het overhandigen van een zaak een *pactum de alteri reddendo* wordt gemaakt tot één en dezelfde categorie te worden gerekend, die sterke gelijkenis vertoont met het reële innominaatcontract. Dit zou de beschikbaarheid van een *actio praescriptis uerbis* kunnen verklaren. Zie bijvoorbeeld Baldus de Ubaldis († 1400) ad C. 8.54(55).3 no. 2: (...) Nunc ego dico quod ubi re contrahitur obligatio, ualet pactum ut in mutuo, ut in dicta lege Certi § Si nummos (D. 12.1.9.8) et in deposito ut in dicta lege Publia (D. 16.3.26pr). Sed ubi obligatio contrahitur uerbis non ualet. (...).

28. Een Institutenhandschrift, waarvan de glossen worden toegeschreven aan een leerling van Martinus, bevat een marginale glosse waarin wordt opgemerkt, dat de stipulatie ten behoeve van een derde kan worden opgevat als een stipulatie om te presteren aan hetzij deze derde, hetzij aan de stipulator zelf. Dergelijke stipulaties waren naar Romeins recht geldig. De glosse verwijst dan ook naar een tekst uit de Digesten, waarin de derde een *actio utilis* wordt toegekend, zo de stipulator is overleden (Paul. D. 24.3.45, vergelijk ook Inst. 3.19.4). Hoewel deze allegatie een uitzonderlijk geval betreft waarin restitutie van een bruidschat was gestipuleerd, wordt de tekst hier kennelijk aangewend om de stipulatie ten behoeve van een derde in algemenere zin als geldig te kunnen aanmerken. Zie de glosse *alteri* ad Inst. 3.19.19 in München Clm 3509 (fol. 30ra): Stipulatio alteri facta resoluitur in illam: mihi aut illi dare spondes ut ff. de solu. m. Gaius (D. 24.3.45). Hier lijkt de stipulatie jegens een derde door een soort fictie dus geldigheid te verkrijgen. Andere teksten die

zouden kunnen bevestigen dat dit de leer van Martinus is, zijn mij niet bekend. Vergelijk wel de glosse *quaecumque gerimus* ad D. 44.7.11.

29. Het auteurschap van Hugolinus is zeer omstreten.

30. Haenel, *Hugolinus* § 256 (p. 428-429). Het is niet duidelijk of deze tekst over het derdenbeding uitsluitend moet worden gelezen in het licht van de voorafgaande discussie over de procurator. Kent Martinus hier enkel een *actio utilis* toe aan de principaal op grond van het beding gemaakt door zijn procurator en moeten de aangehaalde voorbeelden dus uitsluitend analoog worden toegepast op situaties waar een procurator iets bedingt voor zijn principaal of spreekt hij zich hier uit over de geldigheid van het derdenbeding in het algemeen? Het laatste is waarschijnlijker. Zo wordt de tekst later in ieder geval opgevat. Bovendien kan men de tekst over het meningsverschil inzake het derdenbeding in een andere collectie *dissensiones* ook aantreffen in een geheel andere context, dat wil zeggen onafhankelijk van de discussie over vertegenwoordiging door de procurator. Zie Scialoja § 20 (p. 341).

31. Azo, *Summa Codicis*, Venetië 1581 ad C. 2.3 no. 28 (kolom 68), glosse *utilis* ad C. 3.42.8 en glosse *nihil agit* ad Inst. 3.19.4.

32. Azo, *Lectura super Codicem*, Parijs 1577 (herdruk Turijn 1966) ad C. 3.42.8 (p. 251-252): (...) Martinus tamen uoluit propter hoc dicere quod semper ex pacto alterius detur utilis actio, et sic dixit generale et non speciale.

33. Zie de bewoordingen van de glosse *utilis* ad C. 3.42.8: (...) Item nota, quod ex hac lege dixit M[artinus] ex alterius pacto semper dari utilem actionem (...).

34. Azo, *Summa Codicis* ad C. 4.27 no. 14 (kolom 360) en *Lectura super Codicem* ad C. 4.27.1 no. 5 (p. 306), glosse *quaecumque gerimus* ad D. 44.7.11: (...) licet Martinus semper dederit ex alterius stipulatione, quia hoc in multis casibus inueniebat, ut (...) en glosse *nihil agit* ad Inst. 3.19.4: (...) Sed Martinus dicebat hos casus facere regulam: at si quis casus esset contra illud, speciale esset at quod hic regulariter dicetur (...).

35. Azo, *Brocardica*, Venetië 1581, rubrica IIII (De pactis), no. 54 (kolom 19), glosse *nulla* ad C. 4.27.1 en glosse *nihil agit* ad Inst. 3.19.4. Volgens de glosse *adquisita* ad C. 4.27.1 van Symon Vicentinus († voor 1263) in Oxford BL, Laud. lat. 3 (fol. 90ra) leert Martinus, dat de actie op grond van andermans *pactum* niet wordt gegeven *iure angusto*, maar wel *de equitate*.

36. Literatuur over de *aequitas gosiana*: E.M. Meijers, Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 17 (1937), p. 117-135 [= R. Feenstra-H.F.W.D. Fischer (red.), *Études d'histoire de droit* IV, Leiden 1966, p. 142-156], M. Boulet-Sautel, Équité, justice et droit chez les glossateurs du XII<sup>e</sup> siècle, in *Recueil de memoires et travaux* 2 (1951), p. 1-11, H. Lange, Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren, in *ZSS Rom. Abt.* 71 (1954), p. 319-347, herdrukt in Schrage, *Das römische Recht*, p. 89-115 en E. Cortese, *La norma giuridica* II, Milaan 1995<sup>2</sup>, p. 321-362.

37. Zie de glosse ad Inst. 1.2 met siglum m., uitgegeven door G.B. Palmieri in *Summa Institutionum Vindobonensis*, in *BIMae* Ib, Bonn 1913, p. 4-5 noot a: (...) Aequitas est rerum, id est obligationum convenientia, que in paribus causis, id est negotiis, paria iura desiderat (...). Deze omschrijving, ontleend aan de Topica (4.23) van Cicero (106-43 v. Chr.), is bij meer glossatoren te vinden in hun inleiding op de Instituten. Zie H. Fitting, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters aus Handschriften meist zum ersten Mal herausgegeben und erörtert*, Halle 1876 (herdruk Aalen 1965), p. 105 e.v., en p. 216. Vergelijk ook deze anonieme glosse ter hoogte van C. 2.1.8 (in fine) in Paris, BN lat. 4534 (fol. 20va): § equitas enim est que in paribus causis paria iura desiderat.

38. Ulp. D. 40.9.12.1 i.f. en C. 1.14.1.

39. Paul. D. 50.17.90 en C. 3.1.8.

40. Zie de inleidende constitutie *Deo auctore* bij de Digesten, § 8: *una concordia, una consequentia*. Oorspronkelijk zijn deze woorden niet bedoeld als interpretatiebeginsel, maar als werkopdracht voor de compilatoren.

41. De term is ontleend aan Cicero, Topica 2.9: (...) Ius ciuile est aequitas constituta eis qui eiusdem ciuitatis sunt ad res suas obtinendas.

42. De *Summa Trecensis*, een vroege Codexsumma die in veel opzichten verwantschap met de meningen van Martinus vertoont, zegt het zo in *Materia* § 3: rudis aequitas est de qua nondum quicquam dictum erat, set per principes tantum ad sanctionem redacta est, ut in rebus diuinis. Zie Kantorowicz-Buckland p. 234 kolom 3 en in de editie H. Fitting, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlijn 1894, p. 3-4.

43. Azo, *Lectura super Codicem* ad C. 5.14.7 (p. 400): *Utilis eis ex aequitate*. Placuit enim magis iudices nostros sequi aequitatem quam strictum ius, ut supra de iudiciis Placuit (C. 3.1.8), quandoque autem dicitur utilis actio, non quae detur de aequitate, sed utilis idest efficax. datur enim de iure communi, ut supra eo. l. i. (C. 5.14.1). Azo, *Brocardica* 67 no. 1: (...) Certum est, aequitatem stricto iuri esse praeferendum dicta lege Placuit (C. 3.1.8). Equitatem dico lege, non cuiusque ingenio ut l.i. C. de legib. (C. 1.14.1) (...).

44. Anonieme glosse ad C. 2.1 in Paris, BN lat. 4534 (fol. 20r), Torino, BN F II 15 (fol. 21ra) en Stuttgart fol. 71 (fol. 26ra). Vergelijk Savigny, *Geschichte* IV, p. 486-487. In het Parijse handschrift lees ik eerder *speciali iure* dan *speciali nomine*.

45. Zie de Glosse ad rubr. D. 11.1, de glosse *quam ius* ad D. 44.7.51 en de glosse *edificauerit* ad Inst. 2.1.30. Reeds Placentinus maakt een duidelijk onderscheid tussen de actie en het *officium iudicis*. Zie zijn *Summa Institutionum* ad Inst. 4.17: Illud notandum quia, licet iudicis officium, uelud accio, affert auxilium, non tamen est accio. Verum et iudicis officio, quoniam teneri legitur tamquam accione, ut ff. de preca. l. ult. (D. 43.26.22). Item, illud notandum quia ubicumque intenditur accio, puta, quia spontanea non celebratur solutio, opus est officio. Porro officio solo nitimur, ut cum usuras petimus, ut in iudiciis bone fidei fructusque perceptos a bone fidei possessoribus (...). Ook voor deze tekst raadpleegde ik de transcriptie van Douglas Adamson op basis van Vich Museo Episcopal Archivo Capitular 156 (*antea* 82).

46. Zo ook de modernere literatuur. Zie Pescatore, *Kritische*, p. 92; Lange, *Ius aequum*, p. 106-107; Müller, p. 52. Vergelijk ook Cortese, *La norma* II, noot 49 op p. 324-325. Anders nog Meijers, *Le conflit*, p. 147 en Boulet-Sautel, p. 9. Op grond van een glosse van Martinus in Paris BN lat. 4534 (fol. 15a) meende Pescatore, dat er over de *aequitas* geen meningsverschil bestond tussen Martinus en de overige glossatoren. Zie Pescatore, *Kritische*, p. 92. Meijers kon een dergelijke glosse niet vinden op de genoemde plaats (Meijers, *Le conflit*, p. 144 noot 13). Op fol. 15r van Paris 4534 bevindt zich slechts één glosse met siglum m., namelijk ad C. 1.29.1: *Principalis diuisio iudicum. Quidam in palatio, quidam extra. In palatio ut hii. Item alii sunt ciuiles, alii militares. m[artinus]*.

47. Dat hebben ook zijn tegenstanders ondervonden en wellicht moeten zo de opmerkingen van Azo worden verstaan dat Martinus zich als een Jood kon vastklampen aan de letters (zie Azo, *Lectura super Codicem* ad C. 7.51.2, p. 592) en dat hij zich zozeer beperkingen oplegde, dat hij ten onder ging in zijn scherpzinnigheid (Azo, *Lectura super Codicem* ad Auth. post C. 2.53.5, p. 153). De uitdrukking *inhaerere litterae tamquam iudaeus* wordt ook gebruikt door Jacobus Balduini († 1235), als hij het heeft over een advocaat uit Spoleto. Zie L. Sorrenti, L'Autentica 'Sacramenta puberum' nell'esegesi dei dottori bolognesi del duecente: Guizzardino e Iacopo Baldovini, in *Rivista internazionale di diritto comune* 2 (1991), p. 69-121, p. 107 in [20]. Vergelijk ook de glosse *amplexus* ad C. 1.14.5: *id est circumplectens; adeo ut a uerbis tanquam iudaeus recedere nolit (...)*. Zie over Joodse tekstexegese in de Middeleeuwen: B. Smalley, *The study of the Bible in the Middle Ages*, Oxford 1982<sup>3</sup>, p. 147-172.

48. De oudere literatuur die er nog van uitgaat, dat de billijkheid van Martinus' *actio utilis* tevens de *aequitas rudis* omvat, heeft zich niet gedwongen gevoeld deze vraag te beantwoorden. Achter een willekeurige, gevoelsmatige billijkheidsopvatting liggen enkel psychologische motieven verborgen, waarover buitenstaanders slechts kunnen speculeren. Wellicht hebben deze auteurs zich laten leiden door de wijze waarop Martinus' *aequitas* wordt gekwalificeerd door latere glossatoren die hem bestrijden zoals Azo, Odofredus en Accursius.

49. K. Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus I*, München 1901 (herdruk Berlijn 1969), p. 59.

50. N. Tamassia, Odofredo, in *Scritti di Storia Giuridica* II, herdruk Padua 1967, p. 335-479 (eerder verschenen in 1894-1895), p. 403-404, E. Seckel, Die Anfänge der europäischen Jurisprudenz im 11. und 12. Jahrhundert, in *ZSS Rom. Abt.* 45 (1925), p. 391-395, p. 394, E. Genzmer, Die Justinianische Kodifikation und die Glossatoren, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, Bologna I, Pavia 1934, p. 345-430, in het bijzonder p. 399. Het is echter twijfelachtig of dat zou kunnen gelden voor Martinus' leer aangaande het derdenbeding. Het inheemse recht van de Duitse gebieden kende geen algemeen verbod om in een contract voor een derde een prestatie te bedingen. Er bestonden ook verschillende rechtsfiguren, waarbij de derde direct een recht verkreeg. De salische Franken kenden de affatomie. De erflater droeg zijn vermogen over aan een tussenpersoon, de salman, met de opdracht het na zijn overlijden over te geven aan een van te voren aangewezen derde. In lijfrenteovereenkomsten kon een beding ten behoeve van een derde worden opgenomen. Ook lijkt het mogelijk te zijn geweest om bij de verkoop van onroerende zaken een voorkoopsrecht ten behoeve van een derde te bedingen. In de oudere

literatuur werd wel verdedigd dat op grond van deze rechtsfiguren moest worden aangenomen, dat het derdenbeding algemeen was toegelaten (zie O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht* II, München-Leipzig 1917, p. 383 e.v.). Latere auteurs zijn echter van mening, dat de genoemde voorbeelden specifieke gevallen betreffen waartussen geen samenhang heeft bestaan en dat er in het inheemse recht derhalve geen rechtsregel bestond met als inhoud, dat een beding ten behoeve van een derde geldig en afdwingbaar is. Dat Martinus behoorde tot de partij van de Ghibellijnen en op goede voet stond met de Hohenstaufen is onvoldoende grond om aan te nemen dat hij zich sterk heeft laten leiden door beginselen van Duits recht.

51. Wesenberg, *Verträge*, p. 101-111 en Müller, p. 49.

52. G. Dolezalek, The moral theologians' doctrine of restitution and its juridification in the sixteenth and seventeenth centuries, in *Acta iuridica* 1992, p. 104-114, p. 105.

53. Martinus baseert zich daarbij op C. 2.27(28).1. Door de eed geven *puberes* hun bijzondere voorrecht prijs om *restitutio in integrum* te vragen. Bulgarus bestrijdt de opvatting van Martinus. Met een beroep op C. 1.14.5 meent hij dat een dergelijke eed ongeldig is. Zie G. Dolezalek, Die Casus Codicis des Wilhelmus de Cabriano, in W. Wilhelm (red.), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt/M 1972, p. 25-52, p. 45-46 en J. Hallebeek, Sacramenta puberum and laesio enormis, The oath non venire contra by a minor in contracts of sale according to some glossators, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 58 (1990), p. 55-71. Nu was de eed een wondermiddel dat veelvuldig werd gebruikt om beperkingen of verbodsbepalingen van Romeins recht te omzeilen. Door bevestiging met een eed werd de eenzijdige toezegging afdwingbaar, kon een vrouw zich borg stellen, werd een natuurlijke verbintenis een civiele, kon de verbintenis tot schadevergoeding worden omgezet in een verbintenis tot nakoming, etc. Zie verder R.H. Helmholz, Religious principles and practical problems: The canon law of oaths, in *The spirit of classical canon law*, Athens-Londen 1996, p. 145-173. Zie over de afdwingbaarheid van de eed: J. Hallebeek, Actio ex iuramento, The legal enforcement of oaths, in *Ius Commune* 17 (1990), p. 69-88.

54. Volgens Huguccio is twaalf jaar voor meisjes en veertien jaar voor jongens de *tempus discretionis plene*. Zie F. Gillmann, Die anni discretionis im Kanon Omnis utriusque sexus (c. 21 conc. Lat. IV) in *Archiv für Katholisches Kirchenrecht* 108 (1928), p. 556-617, p. 592.

55. Zie daarover: Dolezalek, *The moral theologians*, Hallebeek, *Developments* en J. Hallebeek, *The concept of unjust enrichment in late scholasticism* [Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut, 35], Nijmegen 1996. Zie over de canonieke restitutie: R.H. Helmholz, Remedies and canonical procedure: the canonical *Restitutio in integrum*, in *The spirit of classical canon law*, Athens-Londen 1996, p. 88-115.

56. Cortese, *Il diritto* II, p. 80-81. Zie over deze passage: E.J.H. Schrage, Dopo Calasso, Die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter nach fünf jüngst erschienenen italienischen Handbüchern, in *Ius Commune* 25 (1998), p. 293-322, p. 320-321.

57. N.B. In zijn glosse '*de computatione graduum*', die volgens Kantorowicz ouder is dan het Decreet van Gratianus, volgt Martinus de canoniekrechtelijke telwijze van de graden van verwantschap in het erfrecht en niet de Romeinsrechtelijke. Bovendien citeert hij teksten van kerkelijk recht die later in het Decreet zouden worden opgenomen. Zie Kantorowicz-Buckland, p. 91-94 en p. 253-254.

58. De eerste woorden (D.1 a.c.1) van het Decreet van Gratianus (1139), ontleend aan Mattheus 7.12, zetten al de teneur: *Omnia ergo quaecumque uultis ut faciant uobis homines et uos facite eis. Haec est enim lex et prophetae*. De zojuist genoemde restitutieeler wordt geheel en al beheerst door een extensieve interpretatie van het zevende gebod (Ex 20.15) en de gezaghebbende tekst van Augustinus (354-430), dat geen zonde wordt vergeven als de weggenomen zaak niet is teruggegeven, omdat het berouw anders geveinsd is (Epistola 153 aan Macedonius, 20 in CSEL 44, pars III, p. 395-427, p. 419, C.14 q.6 c.1, VI de regulis iuris, *peccatum*).

59. Chromatius, *Tractatus in Matthaewum* XXIV.4, in CCSL 9A, p. 185-498. Het betreffende fragment is te vinden op p. 311. In het Decreet is deze passage op naam gezet van de kerkvader Johannes Chrysostomos († 407), maar daardoor zal het morele gezag van de tekst er niet minder op zijn geworden.

60. C.22 q.5 c.12 (...) ita quoque in uerbis nostris nullum debet esse mendacium (...), met een verwijzing naar Wijsheid van Salomo 1.11 (*os autem quod mentitur occidit animam*) en naar Spreuken 14.5 (*testis fidelis non mentietur*).

61. Literatuur: F. Spies, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Parijs 1928, J. Roussier, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église*, Parijs 1933 en R.H. Helmholz, *Contracts and the canon law*, in J. Barton (red.), *Towards a general law of contract* [Comparative studies in continental and Anglo-American legal history, 8], Berlijn 1990, p. 49-65.

62. Latere auteurs menen dat de vraag of het derdenbeding naar kerkelijk recht geldig is, bij de canonisten zelf niet geheel onomstreden is. Zij geven soms een overzicht van de verschillende opvattingen die in de loop van de eeuwen zijn verdedigd met de daarbij aangevoerde gezaghebbende teksten. Zie bijvoorbeeld Andreas Fachineus († voor 1622), *Controversarium libri decem*, Tom. I, Lib. III Cap. XIX, in de druk Keulen 1604, p. 279-280.

63. C.1 q.7. c.9 (...) atque promitto tibi N. et per te sancto Petro, apostolorum principi, atque eius uicario N. beatissimo uel successoribus eius, me numquam (...).

64. Zie Huguccio, *Summa Decretorum* ad C.1 q.7 c.9 in Paris, BN lat. 15396, fol. 106vb: *per te quod per alium alii potest fieri promissio, quod uerum est, et si sit mandatarius cui promittitur*. De tekst werd geraadpleegd via de microfilm van het handschrift van de bibliotheek van de theologische faculteit KUN.

65. Zie Ulp. D. 19.1.13.25.



66. Zo deze passage inderdaad mag worden toegeschreven aan Huguccio. In veel handschriften van zijn *Summa decretorum* (bijvoorbeeld München Clm 10247) ontbreekt commentaar op Causa 1. In tegenstelling tot wat Kuttner schrijft in zijn *Repertorium der Kanonistik* ontbreekt Causa 1 niet in Luxemburg, Bibl. 144. Het commentaar op C.1 q.7 c.9 in dit handschrift stemt echter niet overeen met de tekst in Paris, BN lat. 15396. Zie over Causa 1 verder: W.P. Müller, *Huguccio: The life, works, and thought of a twelfth-century jurist* [Studies in medieval and early modern canon law, 3], Washington 1994, p. 74, met verwijzingen naar de oudere literatuur. De tekst van Luxemburg, Bibl. 144 werd geraadpleegd via de microfilmcollectie Hanenburg van het Gerard Noodt-Instituut te Nijmegen.

67. *Animal est substantia* ad C.1 q.7 c.9 in Luik 127 E, fol. 94vb (...) *Petro*. Et ita per alium iste potuit obligari? Contra Inst. De inutilibus stipulationibus § Alteri (Inst. 2.19.19). Et hoc est quia nemo potest alteri acquirere, ff. De regulis iuris, Quod tutela (D. 50.17.73). Et hec est ratio, quia nemo potest pro alio consentire. Aliud est hic. Et est notandum quod prorsus nemo etc.? Testator bene potest, arg. ff. de certis l. Annis (C. 2.3.28?). Vnde per papam hic eius acquiritur obligatio et per iudicem, et bene, et ex lege potius quam ex natura, ff. Rem pupilli saluam fore l. ii (D. 46.6.2), idem ff. De procuratoribus, In cause § ult. (D. 3.3.27.1) et ff. De pactis Sities (D. 2.14.62?). Si penitus extranea persona, tunc nichil acquirit in contractibus qui retrahuntur uel non, Cod. Ad exhibendum, Si res (C. 3.42.8). In quantitatibus secus est. Si det pecuniam nomine meo, acquiritur michi directa actio, ff. Si certum petatur, Certi conductio § penult. (D. 12.1.9.8). Ratio est quia pecunia habet suum esse in genere. Ik dank Chris Coppens (KUN) die mij zijn tekstkritische editie (in voorbereiding) van de *Animal est substantia* liet raadplegen.

68. Hier voegt de Glosse aan toe: vooral (*maxime*) als ik de afspraak met een eed heb bekrachtigd. Vervolgens verwijst de Glosse dan naar de al eerder genoemde tekst in het Decreet, dat er geen verschil mag zijn tussen ons spreken en de verklaring onder eed. De allegatie impliceert, net zoals het woordje *maxime* (vooral), dat het derdenbeding naar kerkelijk recht ook bindend is wanneer het niet met een eed is bekrachtigd. Zie de glosse *et per te* ad C.1 q.7 c.9. Arg. contra Inst. de inuti. stipulat. § Si quis alii (Inst. 3.19.4), quia ibi dicitur quod alteri stipulari, uel pacisci nemo potest, nisi sit seruus eius ut ibi, uel procurator praesentis ff. de uerbo. obliga. Si procuratori praesentis (D. 45.1.79). Dic ergo ideo hoc fieri, quia papa est seruus beati Petri. Vnde dicit de se in epistolis suis seruus seruorum Dei. Vnde uersus, seruierant tibi Roma prius domini dominorum. Seruorum serui nunc tibi sunt domini. Vel hoc fit fauore religionis. Sed credo iure canonico me teneri, si ego promitto tibi me daturum Titio decem, arg. xxii q.v Iuramenti (C.22 q.5 c.12), maxime si interuenerit sacramentum arg. ff. de constit. pecu. l. i et l. Eum qui (D. 13.5.1 en D. 13.5.5). Hostiensis vermeldt in zijn *Summa aurea* de leer van de glossatoren, namelijk dat het *pactum* ten behoeve van een derde niet geldig is (Hostiensis, *Summa aurea*, Lyon 1537 (herdruk Aalen 1962), ad rubr. X 1.35 no. 3, fol. 61ra), maar hij noemt ook het *pactum* ten behoeve van een derde zoals geformuleerd in de *Glossa Ordinaria* op het Decreet: 'ik kom met jou overeen, dat jij aan Titius geeft'. Dit *pactum* verklaart hij voor geldig zonder ook maar met één woord te spreken over een eed of een boetebeding (Hostiensis, *ibid.* ad rubr. X 1.35 no. 1, fol. 59vb). Is een stipulatie ten behoeve van een derde niet met een eed bekrachtigd, dan moet men volgens Nicolaus de Tudeschis († 1445) zijn toevlucht nemen tot *denuntiatio evangelica* in plaats van de normale kerkelijke procedure. Zie Panormitanus, *Prima pars super primo decretalium*, [s.l.] 1521, ad prohemium no. 25 (fol. 8rb-8va) en *Secunda pars super primo decretalium*, [s.l.] 1521, ad X 1.38.12 no. 7 (fol. 142va) en

ad X 1.43.4 no. 16 (fol. 167ra). Zie ook Diego Covarruvias y Leyva (1512-1577), *Relectio cap. quamvis pactum, De pactis, libro Sexto*, Salamanca 1553, Pars II § 4 no. 9: *Varie potest concipi stipulatio, quae alteri per alterum fit* (fol. 93rb-94ra).

69. Daar staat tegenover dat zowel Huguccio als de auteur van de *Animal* (en diens leermeester Bassianus) dikwijls stelling nemen tegen Placentinus, die geldt als leerling of volgeling van Martinus. Een probleem bij de beoordeling wat precies de relatie is tussen de afwijkende standpunten van Martinus enerzijds en de vroege canonistiek anderzijds is gelegen in het feit dat Martinus zijn opvatting kortweg onderbouwt met allegaties uit het *Corpus iuris*. Men treft geen verwijzingen naar canoniekrechtelijke teksten aan, met uitzondering dan van de glosse *de computatione graduum*, die eigenlijk meer rechtsvergelijkend is. Dit is kenmerkend voor de gehele Bolognese glossatoren-school. Vooral nog lijkt mij de verklaring van Dolezalek hier het meest plausibel: *saving the face of Roman law*. Het was zaak op basis van de Romeinse teksten zelf rechtsregels te ontwikkelen die maatschappelijk aanvaardbaar waren om daarmee op de lange termijn te kunnen vasthouden aan de actuele gelding van de Romeinse teksten en een onafhankelijkheid te waarborgen ten opzichte van inheems of kerkelijk recht.

70. 3 Comp. 2.5.3. Deze decretale werd later ook opgenomen in het Liber Extra (1234). Zie X 2.12.5.

71. Odofredus, *Lectura super Codice* I ad C. 3.32.13 (fol. 170rb-170va) en *Lectura super Digesto novo*, Lyon 1552 (herdruk Bologna 1968) ad D. 41.2.35 (fol. 63vb).

72. Zie over de betekenis van dit begrip *homo spiritualis*: Cortese, *Il diritto II*, p. 79.

73. Hostiensis, *In primum decretalium librum commentaria*, Venetië 1581 (herdruk Turijn 1965), ad X 1.43.9 no. 5 (fol. 207ra): *Martinus enim spiritualis homo fuit, et secundum tempus quod tunc currebat semper diuinae legi adhaerebat contra rigorem iuris ciuilis: Johannes Bassianus uero non sapiebat que sunt spiritus, sed, tamquam animalis, multiplicationi temporalium et rigori iuris ciuilis quasi per omnia intendebat. Vnde et ipse, et sequaces sui qui hodie multi sunt, spirituales opiniones reprehendunt, et dicunt: haec est aequitas capitanea, aequitas bursalis, martiniana. In zijn commentaar op X 1.29.19 (fol. 137r) volgt Hostiensis de opvatting van Martinus dat jurisdictie wordt vereeuwigd door de dagvaarding, en verwerpt hij de opvatting van Johannes Bassianus.*

74. Literatuur: H. Brunner, *Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Werthpapiere II, Die fränkisch-romanische Urkunde*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 22 (1877), p. 59-134, p. 90-99, Freundt, p. 79, R. Fränkel, *Die Grunsätze der Stellvertretung bei den Scholastikern*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 27 (1912), p. 289-391, p. 296, Wesenberg, *Verträge*, p. 111 en Lange, *Alteri*, p. 291 noot 64.

75. Zie over invloed van Martinus op de totstandkoming van de statuten van Pisa in het algemeen: E. Besta, *Le obbligazioni nella storia del diritto Italiano*, Padua 1936, p. 88-90. De *Siete Partidas* (Partidas 5.11.7-10) volgt de leer van Azo. Zie daarover: J.A. Arias Bonet, *Estipulaciones a favor de tercero en los glosadores y en Las Partidas*, in *Anuario de Historia del Derecho Español* 34 (1964), p. 235-248.

76. Zie A. Gouron, L'influence martinienne en France, Sur quelques témoignages précoces de la pratique méridionale, in *Festschrift Coing I*, München 1982, p. 93-112 [= A. Gouron, *La science du droit dans le Midi de la France au Moyen Âge*, Londen 1984, nr. XVII].

77. F. de Zulueta (ed.) *The Liber pauperum of Vacarius* [The Publications of the Selden Society, 44], Londen 1927, Lib. VII Tit. 19 ad C. 8.54(55).3<sup>pr</sup> (p. 220): *Casus in quo et alieno pacto accio adquiritur. Ergo patitur except(ionem): nemo alii pacisci potest. falsum est, quia hic casus est.*

78. F. de Zulueta-P. Stein, *The teaching of Roman law in England around 1200* [Selden Society Supplementary Series, 8], Londen 1990, p. 91. Dit lijkt in overeenstemming te zijn met het oorspronkelijke klassieke Romeinse recht, waar alleen de stipulatie om aan een ander iets te geven ongeldig was. Men kon wel stipuleren ten behoeve van een ander een handeling te verrichten. Justinianus heeft de *alteri stipulari*-regel uitgebreid voor alle stipulaties ten behoeve van een derde en op dit punt de oorspronkelijke teksten laten aanpassen. De teksten die de regel algemeen formuleren, worden verondersteld geïnterpoleerd te zijn. De oorspronkelijke regel zou zijn geweest *alteri dari stipulari nemo potest*. Zo is deze regel nog te vinden in de Instituten van Gaius (Gai. 3.103), een voor-Justiniaanse bron die pas in de negentiende eeuw werd ontdekt en niet door de auteur van de Engelse *Lectura* kan zijn gebruikt. Het is wel mogelijk dat deze auteur zich heeft laten leiden door de tekst van C. 8.38(39).3, die nog de klassieke rechtsregel weergeeft en kennelijk aan het oog van de compilatoren is ontsnapt.

79. Een enkele uitzondering daargelaten. Zie Odofredus, *Lectura super Codice* I ad C. 3.19.2 (fol. 152va): *Sed dominus Io[annes Bassianus] in questione ista putat mar[tinum] bene dixisse quod raro accidit (...).*

80. De constitutie *Sacramenta puberum* (aut. post C. 2.27(28).1 = LF 2.53.10) uit het jaar 1158. Zie daarover: J. Hallebeek, A commentary of Azo upon authentica 'Sacramenta puberum', in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 60 (1992), p. 289-310 met verwijzingen naar de oudere literatuur en U. Gualazzini, Martino, Giovanni Bassiano, Azzone nella cronaca di Giovanni Prete da Cremona (sec. XII), in *Rivista di Storia del diritto Italiano* 66 (1993), p. 5-50, in het bijzonder p. 39-48. De bronnen schrijven de beslissing van Frederik Barbarossa toe aan de invloed die Martinus en zijn zoon Guilelmus hadden aan het hof van de keizer. Tijdens het paardrijden zou Martinus de keizer ervan hebben overtuigd om met een constitutie het meningsverschil tussen hem en Bulgarus in zijn voordeel te beslechten. Voor bronnen zie Savigny, *Geschichte* IV, p. 186-187. Martinus moet zich tijdens de Rijksdag te Roncaglia (1158) ook loyaler tegenover de keizer hebben opgesteld dan Bulgarus. Frederik Barbarossa had de steun van de *quattuor doctores* ingeroepen om zijn politieke macht te doen herstellen. In zijn hoedanigheid als koning van Italië meende hij aanspraak te maken op een aantal rechten die al sinds jaar en dag feitelijk werden uitgeoefend door de Noorditaliaanse steden. Martinus erkent de keizer als *dominus rerum singularium* en dit *amore uel timore*. Bulgarus ontkent dit. De keizer, die dan de één gunstig en de ander ongunstig gezind is, geeft Martinus een paard en Bulgarus niets. Zie G. Pescatore (ed.), *Thomae Diplovatati opus de praestantia doctorum* I, Berlijn 1890, p. 122 en F. Güterbock (ed.), *Das Geschichtswerk des Otto Morena* [MGH, Scriptorum N.S., 7], Berlijn 1930, p. 59. Zie over de betekenis van de schenking van het paard aan Martinus: K. Pennington, *The prince and the law, 1200-1600, Sovereignty and rights in the*

*western legal tradition*, Berkeley-Los Angeles-Oxford 1993, p. 15 e.v.

81. Ook Johannes Bassianus, een leerling van Bulgarus, (glosse *utilis* ad C. 3.42.8 en glosse *nulla* ad C. 4.27.1), Hugolinus en Azo (glosse *fieri* ad D. 45.1.38.21 en Azo, *Lectura super Codicem* ad C. 3.42.8) hebben deze opvatting bestreden.

82. Azo, *Summa Codicis* ad C. 2.3 no. 28 (kolom 68) en *Lectura super Codicem* ad C. 4.27.1 no. 5 (p. 306).

83. Zie de glosse *potes* ad C. 4.50.6 en glosse *nihil agit* ad Inst. 3.19.4. De glosse *plerumque* ad D. 2.14.25.2 spreekt over een dwaalleer (*error*).

84. Azo, *Lectura super Codicem* ad C. 3.42.8 (p. 251-252) en ad C. 5.14.4 no. 1 (p. 399), Odofredus, *Lectura super Digesto veteri* II, Lyon 1552 (herdruk Bologna 1968) ad D. 13.7.13<sup>pr</sup> (fol. 57vb) en ad D. 16.3.26<sup>pr</sup> (fol. 80va), *Lectura super Codice* ad C. 5.14.4 (fol. 279vb) en ad C. 5.14.7 (fol. 280ra), glosse *aut in factum* ad D. 13.7.13<sup>pr</sup>, glosse *ex stipulatu* ad D. 3.3.27.1 en glosse *admiserunt* ad C. 8.54(55).3.

85. Azo, *Summa Codicis* ad C. 2.3 no. 28 (kolom 68), *Lectura super Codicem* ad C. 3.42.8 (p. 251-252) en ad C. 4.27.1 no. 5 (p. 306), daarin gevolgd door de glosse *nihil agit* ad Inst. 3.19.4. Vergelijk ook de glosse *plerumque* ad D. 2.14.25.2: (...) quod nos negamus, quia aliud in exceptione quaerenda et aliud in actione, ut arg. infra de reg. iu. l. Fauorabiliores (D. 50.17.125) et infra de act. et oblig. l. Arrianus (D. 44.7.47). In het feit dat de hoofdebiteur over een *exceptio doli* beschikt vanwege het beding gemaakt tussen de borg en de crediteur, ziet de Glosse hier dus geen argument om een actie te geven.

86. Met een verwijzing naar Ulp. D. 45.1.45.2 wordt opgemerkt dat het toch maar weinig verschil maakt of je met een *actio directa* dan wel met een *actio utilis* procedeert. Zie de glosse *nihil agit* ad Inst. 3.19.4: (...) dicebat iure directo non ualere, sed utiliter acquiri posse. Et sic secundum eum semper ex pacto alterius quaeritur. Quod falsum est, cum parum interesset, directo an utiliter queretur, ut ff. de ne. gest. l. Actio (D. 3.5.46(47)).

87. Azo, *Brocardica*, rubrica IIII (De pactis), no. 54 (kolom 19): (...) Martinus uero ex aequitate cordis sui dicebat dari utilem actionem ex alterius pacto.

88. Azo, *Lectura super Codicem* ad C. 3.1.8 no.3: (...) praeterea intellige de aequitate quae in lege reperitur, non quod de suo corde liceat inuenire. (...) (p. 167). Vergelijk Haenel, Hugolinus § 91 (p. 330).

89. De glosse *equitate* ad Coll. 3.4 (Nov. 17.3): (...) hoc facit pro M[artino] qui dicebat secundum aequitatem et conscientiam iudicandum (...).

90. Zie Haenel, *Adcessio II* § 19b over de actie voor de bouwte goeder trouw of te kwader trouw op andermans grond (p. 574) en Azo, *Summa Codicis* ad rubr. C. 3.32 no. 26 (kolom 209).

91. Odofredus, *Lectura super Digesto veteri* I, Lyon 1550 (herdruk Bologna 1967) ad D. 3.2.4.5: Martinus de sua ficta equitate et bursali propter quas passus est multas uerecundias (...) (fol. 101rb). Zie deze anonieme opmerking bij de *summula* 'Placuit' van Placentinus

in Paris, BN lat. 4603 (fol. 89rb), uitgegeven in Pescatore, *Miscellen*, noot bij regel 26 op p. 8-9: *Nota quod non quandoque iudicem minorem esse lege (...) et equitatem debet habere pro oculis ut (...) non tamen bursalem ut (...)*. Zie verder: Cortese, *La norma* II, p. 321 noot 42.

92. Meer voorbeelden zijn te vinden bij Meijers, *Sommes*, p. 223-229 en Lange, *Römisches*, p. 173.

93. Haenel, *Vetus Collectio* § 60 (p. 46-48), *Rogierius* § 30 (p. 93-94), *Hugolinus* § 409 (p. 528-530) en Scialoja § 56 (p. 355-356).

94. Namelijk door een extensieve toepassing van de aangepaste zaakwaarnemingsactie (*actio negotiorum gestorum utilis*). Zie Haenel, *Codicis Chisiani Collectio* § 73 (p. 173-175), § 159 (p. 241), *Hugolinus* § 33 (p. 275), *Adcessio II* § 19b (p. 574-575) en Scialoja § 124 (p. 385).

95. Haenel, *Vetus collectio* § 4 (p. 5-6), *Rogierius* § 53 (p. 104) en Scialoja § 68 (p. 363).

96. Haenel, *Vetus Collectio* § 71 (p. 57). Vergelijk Scialoja § 19 (p. 341).

97. Haenel, *Vetus Collectio* § 85 (p. 67) en Scialoja § 101 (p. 376).

98. Alle legistische handschriften werden geraadpleegd via de microfilmcollectie van het Max Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte te Frankfurt am Main.

99. Zie E.J.H. Schrage, *Libertas est facultas naturalis, Menselijke vrijheid in een tekst van de Romeinse jurist Florentinus*, Leiden 1975, p. 69-70.

100. J. Hallebeek, De slavernij gerechtvaardigd? Over menselijke onvrijheid en natuurrecht bij Thomas van Aquino, in *Rechtstheorie en rechtsfilosofie* 8 (1979), p. 35-41.

101. Ik dank een ieder met wie ik in de afgelopen maanden over één of meer aspecten van deze rede van gedachte heb gewisseld: Douglas Adamson (Toronto), Chris Coppens (KUN), Harry Dondorp (VUA), David Ibbetson (Oxford), Guus van Nifterik (VUA), Jet Nijkamp (UL), Rick Verhagen (KUN) en Tammo Wallinga (EUR).



VU Boekhandel/Uitgeverij Amsterdam  
ISBN 90 - 5383 - 689 - 6